Interesse und Interesseersatz im Bürgerlichen Gesetzbuch.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

HANS MANGELSDORFF

Gerichtsreferendar
aus Wernigerode am Harz.

MARBURG 1933

Dissertations-Verlag G. H. Nolte Düsseldorf

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 17. November 1932.

Berichterstatter: Geheimer Justizrat Professor Dr. Manigk.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

DEM ANDENKEN MEINES VATERS!

SCHRIFTTUM.

Bolland: G. W. F. Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts. 1902.
Brinz: Lehrbuch der Pandekten. II. Band, 1. Abt. 1879.
Brock: Das negative Vertragsinteresse. 1902.
Brunner: Deutsche Rechtsgeschichte. I. u. II. Band, 1919, 1928.
Cohnfeldt: Die Lehre vom Interesse. 1865.
Das Recht. 1912. (16. Jahrgang) Nr. 2811 zu § 325 BGB.
Degenkolb: Der spezifische Inhalt des Schadensersatzes im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 76.
Dernburg: Das Obligationenrecht Preußens 1889, 2. Bd.
Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse. 1930.
Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, Allgem. Teil. 1931.
Enneccerus-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Dritter Band: Das Sachenrecht. 1929.
H. A. Fischer: Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. 1903.
Förster-Eccius: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts, I. Bd. 1887.
Gimmerthal: Die Lehre vom Interesse neu in ihren Grundzügen rekonstruiert. 1876.
Gradenwitz: Wort-Verzeichnis zum Bürgerlichen Gesetzbuche. 1902.
Hartmann: Die Obligation. Eine Untersuchung über ihren Zweck und Bau.
Heck: Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. 1932.
— Grundriß des Schuldrechts. 1929.
Hegel: Grundlinien der Philosophie des Rechts. 1821, in: Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse.
Heinsheimer: Die Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. I Frankreich, Code civil. 1932.
Heusler: Institutionen des Deutschen Privatrechts. 1885.
Himmelschein: Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen, im Arch. f. civ. Praxis, 135. Band. 1932.
v. Jhering: culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, in Jher. Jahrb. Bd. 4.
— Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, Leipzig 1903.
— Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 4 Bände, 1871—1875 und ein Supplement-Band. 1878.
— Der Zweck im Recht. Erster Band. 1893.
— Ein Rechtsgutachten, in Jher. Jahrb. Bd. 18, S. 44.
Kant: Die Metaphysik der Sitten. Erster Teil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. 1797.
Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB. für das Deutsche Reich. 1900.
Kuhlenbeck: Zur Lehre vom sog. negativen Vertragsinteresse, in der D.J.Z. 1905 Nr. 24, S. 1142 ff.
Leonhard, Fr.: Allgemeines Schuldrecht des BGB. I. Bd. 1929.
Locher: Abfindungsbelastete Eingriffsrechte im BGB. und AGB., im Arch. f. civ. Praxis, Bd. 123, S. 1 ff.
Lunk: Das Interesse. 1. Bd. Historisch-kritischer Teil. 1926. (Pädagogium).
A. Manigk: Die Idee des Naturrechts, in der Festgabe für R. Stammler. 1926.
— Formalismus und Freirechtschule, im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Stier-Somlo, Elster. 1917. Zweiter Band.

A. Manigk: Interesse, im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Stier-Somlo, Elster. 1928. Dritter Band.
— Interessenjurisprudenz, im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Stier-Sommlo, Elster. 1928. Dritter Band.
— Irrtum und Auslegung. Zwei Grundpfeiler der Lehre von der Willenserklärung. 1918.
— Savigny und der Modernismus im Recht. 1914.
— Wie stehen wir heute zum Naturrecht? 1926.
— Willenserklärung und Willensgeschäft, ihr Begriff und ihre Behandlung nach Bürgerlichem Gesetzbuch. 1907.
V. Mataja: Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie. 1888.
M. E. Mayer: Rechtsphilosophie. 1922.
A. Merkel: Jhering, in Jher. Jahrb. Bd. 32, S. 6 ff.
Mittelstein: Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reiches, 4. Aufl. 1932.
Mommsen: Zur Lehre vom Interesse. 1855.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. 1888 .
Müller-Erzbach: Der Durchbruch des Interessenrechts durch allgemeine Rechtsprinzipien. 1908. Jher. Jahrb. Bd. 53.
— Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt.
— Wohin führt die Interessenjurisprudenz? 1932.
Oertmann: Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft. 1931.
— Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. Zweites Buch, 1. Abtlg. 1928; 2. Abtlg. 1929.
Pernice: Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte. 1867.
Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. II. Bd. 1. Hälfte. 1914.
Planiol: Traité élémentaire de droit civil par Planid. 9. Aufl. Paris 1922 ff.
Pothier: Traité des obligations. 1805.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1897.
Räbel: Der sogenannte Vertrauensschaden, in der Zeitschrift für Schweizer Recht, Bd. 27, S. 291 ff.
Reichsgerichtsräte: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. III. Bd., Sachenrecht. 1928.
Rümelin: Die Geisteskranken im Rechtsgeschäftsverkehr. 1912.
Rheinstein: Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht, in Heft 5 der Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht. 1932.
Schröder: Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 1919.
Schwendowius: Durchgriff und Interessenverknüpfung. Diss. 1929.
Siegel: Die Vorlegung von Urkunden im Prozeß. 1904.
Sonntag: Schadensersatzpflicht wegen Nichtzustandekommens eines Vertrages. Breslauer Diss. 1926.
Stammler: Wirtschaft und Recht.
— Theorie der Rechtswissenschaft. 1911.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. I. Bd.: Recht der Schuldverhältnisse. 1930.
Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1928.
Stobbe-Lehmann: Handbuch des deutschen Privatrechts. 1898.
Stoll: Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, in der Festgabe für Ph. Heck, M. Rümelin, A. B. Schmidt. 1931.
Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. 1900.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts. Erster Band, 1910. Zweiter Band, I. Hälfte, 1914. Zweiter Band, II. Hälfte, 1918.

Waitz: Das alte Recht der salischen Franken. 1846.
v. Wening-Ingenheim: Die Lehre vom Schadensersatze nach römischem Rechte. 1841.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 2. Bd., 8. Aufl. 1900/1901.
Wünsch: Evangelische Wirtschaftsethik. 1927.

INHALTS-VERZEICHNIS.

I. Hauptteil: Das Interesse im BGB.

A. Begriff des Interesses 1
B. Das Interesse als Gegenstand eines Anspruches 2
1. als ursprünglicher Gegenstand 2
2. als nachfolgender Gegenstand 3
C. Das Interesse als positiver Schaden und entgangener Gewinn . 3
D. Vergleich des Interesses mit anderen Gegenständen eines Anspruchs 4
1. Der Sachwert 4
2. Die Strafe 4
3. Die Zinsen 5
E. Gebrauch des Ausdrucks „Interesse" im BGB. 5
F. Alle berechtigten Interessen sind zum Rechtsschutz geeignet . 9
G. Aufgabe der Rectsordnung, Interessenregelung vorzunehmen . 9
H. Zusammenhang des Wesens des subjektiven Rechtes mit dem Interesse des Rechtssubjekts 11
J. Das Recht ist nicht nur Interessenrecht, es erhält seine höheren Aufgaben aus dem Mandat der Sittlichkeit 13

II. Hauptteil: Der Interesseersatz im BGB.

A. Allgemeines 19
B. Der Interesseersatz in rechtshistorischer Betrachtung . . . 20
1. Das römische Recht 20
2. Das deutsche Recht 21
a) vor der Rezeption 21
b) nach der Rezeption 23
aa) Das gemeine Recht 23
bb) Das allgemeine preußische Landrecht 24
C. Der Rechtszustand seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches 25
1. Allgemeine Grundsätze 25
2. Der Interesseersatz als Ersatz des positiven Interesses . . 28
3. Der Interesseersatz als Ersatz des negativen Interesses . . 33
a) Die Anwendungsfälle der Haftung für das negative Vertragsinteresse 35
aa) § 122 BGB. 36
bb) § 179 BGB. 39
cc) § 307 BGB. 41
b) Die rechtliche Natur der Haftung auf das negative Vertragsinteresse 43
aa) Das Veranlassungsprinzip 43
bb) Stillschweigend abgeschlossener Garantievertrag . . 44
cc) Das Vertrauensprinzip 45
c) Das Verhältnis der Haftung auf das negative Vertragsinteresse zur allgemeinen Schadensersatzpflicht 46
d) Schadensersatzpflicht bei Nichtzustandekommen eines Vertrags ohne gesetzliche Regelung 46

Jus est ars boni et aequi.

I. Hauptteil.

DAS INTERESSE IM BGB.

A. Begriff des Interesses.

Will man den durch das Wort „Interesse" gekennzeichneten Gegenstand umschreiben, so ist es erforderlich, sich zunächst mit dem Wort selbst zu befassen. Es ist zu untersuchen, welche Bedeutung der lateinische Ausdruck „Interesse" in seiner Heimat hatte. Ursprünglich bedeutete inter-esse ein Dazwischensein in Raum oder Zeit (z. B. interest spatium trium dierum inter ...), logisch den Unterschied zwischen zwei gegenübergestellten Größen (z. B. multum enim interest inter genus et speciem)[1]. Darauf beruhend entwickelte sich die Bedeutung des Wortes im räumlichen Sinne für den Begriff „gegenwärtig sein", „sich beteiligen" (z. B. interesse convivio, interesse negotio alicui) andererseits im psychologischen Sinne für „Anteil an einem Gegenstande nehmen" „sich an etwas gelegen sein lassen".

Als Substantiv findet sich „Interesse" im Lateinischen nicht, woraus sich die überraschende Tatsache ergibt, daß man das lateinische Wort „interesse", vom Deutschen ins Lateinische zurückübersetzt, durch einen Nebensatz umschreiben muß. (Z. B. mea multum interest, tibi bene esse)[2].

Diese formelhafte syntaktische Konstruktion in der unpersönlichen Verbindung weist nach Lunk[3] in sehr alte Zeit zurück, in der noch „die mythische Einkleidung des in der Natur und im Leben Unsicheren und daher Scheu Erregenden zu entdecken ist". In dem „mea interest" z. B. (es ist für mich von Wichtigkeit) stellt das „es" als Subjektträger, als Ursache in der Beziehung zwischen der Außen- und Innenwelt eine unbekannte Größe dar, die „Mobilisierung der Seele für das, was der stets nachfolgende Nebensatz als Zustand oder Tätigkeit enthält"[4]. Das „es" bedeutet die Gesamtheit der unbekannten psychischen Vorgänge, die eine Willenshandlung hervorbringen.

In der lebendigen Anteilnahme, die das Individuum an gewissen Gegenständen und Verhältnissen nimmt, wurzelt der

1) Manigk, Interesse, S. 297. S. a. l. 10 D. de Manum. Test. (40, 4.)
2) Lunk, a.a.O., I. Band, S. 8.
3) Ebd.
4) Ebd., S. 9.

Rechtsbegriff des Interesses, der vom Römischen Recht ausgebildet, in die spätere und heutige Jurisprudenz übernommen wurde. Diese Bedeutung des Wortes wurde von der klassischen Jurisprudenz zur Bezeichnung des rechtlichen Wertes eines Gegenstandes für eine Person gesteigert, und so wird das Interesse, ursprünglich nur Motiv eines rechtlichen Verhaltens, zum Gegenstand eines Anspruches[5]). Nur als Gegenstand eines Anspruches ist die Lehre vom Interesse von juristischer Bedeutung und vom Römischen Recht auch nur mit Beziehung auf solche Fälle ausgebaut worden.

In seiner technischen Bedeutung verstehen wir unter Interesse „die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkt ist und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten schädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkt haben würde"[6]).

Unter Zugrundelegung dieser Definition liegt ein Interesse im technischen Sinne stets dann vor, wenn ein Ereignis eingetreten ist, das auf das Vermögen einer bestimmten Person nachteilig eingewirkt hat.

Darin liegt zunächst, daß das Ereignis überhaupt eine Einwirkung auf das Vermögen einer Person gehabt haben muß. Auch ein Ereignis, das eine derartige Einwirkung nicht gehabt hat, kann einen Anspruch begründen, doch kann man den Gegenstand einer auf solche Weise begründeten Obligation nicht als Interesse bezeichnen.

Sodann muß die Einwirkung eine nachteilige gewesen sein. Eine Vermögensdifferenz tritt auch infolge eines vorteilhaft sich auswirkenden Ereignisses ein, aber als Bereicherung stellt eine derartige Differenz kein mögliches Forderungsrecht, sondern eine mögliche Verpflichtung des Bereicherten dar und fällt insofern gleichfalls nicht unter den Interessebegriff[7]).

B. Das Interesse als Gegenstand eines Anspruches.

1. als ursprünglicher Gegenstand.

Die Feststellung des Interesses kann auf einer Rechtsvorschrift beruhen, indem an eine bestimmte Handlung von der Rechtsordnung die Verpflichtung geknüpft ist, demjenigen, der durch diese Handlung verletzt ist, das Interesse zu erstatten. In dieser Form stellt das Interesse den Gegenstand eines Anspruches aus Delikten dar. Sodann kann eine Feststellung auf einem Vertrage beruhen. Dieser kann mit Beziehung auf ein

5) Manigk, Interesse, S. 297.
6) Mommsen, a.a.O., S. 3.
7) S. hierzu die Ausführungen von Mommsen, a.a.O., S. 5 ff.

Ereignis, das bereits eingetreten ist, abgeschlossen und auf Ausgleichung des nachteiligen Einflusses gerichtet sein, den dieses Ereignis auf das Vermögen des Gläubigers ausgeübt hat.

2. als nachfolgender Gegenstand.

Hier tritt das Interesse an die Stelle des ursprünglichen Gegenstandes der Obligation, es bildet das Aequivalent für denselben. Eine solche Substituierung des Interesses setzt einmal das Bestehen einer gültigen Obligation voraus, sodann muß der Schuldner seiner ihm laut Vertrag obliegenden Leistung entweder gar nicht oder nur teilweise nachgekommen sein und diese Nichterfüllung darf nicht in einem Umstand ihren Grund haben, der den Schuldner von der Verpflichtung zur Leistung befreit[8]).

C. Das Interesse als positiver Schaden und entgangener Gewinn.

Je nach dem Einfluß, den das schädigende Ereignis auf den von demselben betroffenen Gegenstand hat, ist der Umfang des Interesses ein verschiedener. Es kann sich nach zwei Richtungen hin auswirken. Das vorhandene Vermögen kann einmal durch teilweise oder völlige Entziehung oder durch Belastung mit einer Schuld verringert werden. Sofern das Interesse in einem Nachteile dieser Art besteht, bezeichnet man dasselbe als damnum emergens.

Das schädigende Ereignis kann aber auch bewirkt haben, daß eine Vergrößerung des Vermögens, die ohne Dazwischenkunft dieses Ereignisses stattgefunden hätte, nicht stattgefunden hat. Sofern das Interesse in einem Nachteil dieser Art besteht, bezeichnet man es als lucrum cessans. So spielt der Ausdruck des Code civil „dommages-intérêts" auf die beiden Elemente an, aus denen sich der Schadensersatz zusammensetzt; „dommages" soll hiernach auf „damnum emergens" und „intérêts" auf lucrum cessans hinweisen[8a]).

Demgemäß sagt auch Paulus[9]): Si commissa est stipulatio, ratam rem dominum habiturum, in tantum competit, in quantum mea interfuit: id est, quantum mihi abest quantumque lucrari potui.

Hierauf ist die heutige Unterscheidung des positiven und negativen Interesses aufgebaut[10]), die im zweiten Hauptteil dieser Abhandlung im einzelnen erörtert werden wird.

---

8) Mommsen, a.a.O., S. 8 ff.

8a) Code civil Buch III, Titel III, Abschn. IV; Heinsheimer Code civil S. 354 Anm. zu Abschn. IV; vgl. auch Planiol a.a.O. II Nr. 247.

9) l. 13 p. D ratam rem haberi 46, 8.

10) Manigk, Interesse, S. 298.

D. Vergleich des Interesses mit anderen Gegenständen eines Anspruchs.

Für die schärfere Hervorhebung der charakteristischen Merkmale des Interesses ist der Vergleich mit anderen, unter denselben höheren Begriff fallenden Gegenständen von Obligationen von großer Bedeutung[11]).

1. Der Sachwert.

Der Wert, den eine Sache im Verkehr hat und der durch Veräußerung derselben zur gegebenen Zeit am gegebenen Ort von jedermann erzielt werden kann, bildet die Grundlage für den sog. gemeinen oder Sachwert. Hier geschieht die Wertbestimmung nach einem völlig objektiven Maßstab, ohne jegliche Rücksicht auf irgendwelche Vorteile, die der fragliche Gegenstand einer bestimmten Person gewähren kann. Seinen vollkommensten Ausdruck findet der Sachwert in dem Markt- oder Börsenpreis. Allerdings darf, wie Mataja[12]) nachgewiesen hat, der Markt- oder Börsenpreis mit dem Sachwert nicht geradezu identifiziert werden. So kann z. B. bei einer Börsenhausse der Börsenpreis weit über den Sachwert getrieben werden, und umgekehrt kann bei einer Börsenpanik der Kurs auch solider Wertpapiere unter ihren objektiven Wert sinken. In normalen Zeiten aber, in denen Angebot und Nachfrage ausgeglichen sind und Herstellungskosten und Materialwert die Hauptfaktoren für eine Preisbildung abgeben, ist Sachwert und Markt- oder Börsenwert gleichzusetzen. Dieser Sachwert ist nur möglicherweise Bestandteil des Interesses[13]). Er kann unter Umständen mit demselben zusammenfallen, aber ebenso gut auch mehr oder weniger betragen[14]).

2. Die Strafe.

Die Strafe wendet sich ihrem Zweck nach unmittelbar gegen den Schuldner. Sie erfüllt ihren Zweck nicht, wenn durch sie dem Schuldner nicht ein Nachteil zugefügt wird. Auch durch die Leistung des Interesses kann dem Schuldner ein Nachteil erwachsen, nämlich dann, wenn der Betrag des Interesses über den Betrag der Bereicherung, die er durch die schädigende Handlung erlangt hat, hinausgeht. Dies ist aber keineswegs ein notwendiger Erfolg. Schließlich ist die Strafe auf Delikte beschränkt, während das Interesse die Kontrakte mit umfaßt.

Auch die Konventionalstrafe unterscheidet sich von dem Interesse. Sie soll die Ermittlung des Interesses entbehrlich machen. Ihr Umfang ist ein mehr oder weniger willkürlich

11) Mommsen, a.a.O., S. 15 ff.
12) Mataja, Das Recht des Schadensersatzes, S. 158 ff.
13) Cohnfeldt, a.a.O., S. 62.
14) l. 1 de act. empt. vend. (19, 1).

festgesetzter und fällt nicht notwendig mit dem des Interesses zusammen. Außerdem bildet die Konventionalstrafe einen pönalen Zusatz zu dem reinen Ersatz, während die Interesseleistung streng den Charakter der Ausgleichung bewahrt.

3. Die Zinsen.

Die Zinsen sind nur ein beschränkter Ersatz für den entbehrten Gebrauch von Sachen, sie umfassen nicht alle Vorteile, die man durch die Benutzung des Kapitals hätte erreichen können[15]). Im deutsch-österreichischen Sprachgebiet wird das Wort Interesse zwar gleichbedeutend mit Zinsen gebraucht, doch ist diese Gleichstellung lediglich eine „volkstümlich juristische", indem der Nutzen und Ertrag eines Kapitals (utilitas) damit gemeint ist[16]). Andrerseits ist die Bedeutung „Interesse" gleich „Zinsen" dem französischen Recht ganz geläufig[17]).

E. Gebrauch des Ausdrucks „Interesse" im BGB.

Bei einem spezifischen Rechtsbegriff, wie ihn die Bezeichnung „Interesse" darstellt, ist es von Vorteil, wenigstens in großen Zügen die Stellen zusammenzufassen, in denen unter dem Zeichen dieses Wortes von einer Denkfigur Gebrauch gemacht wird, um durch die Vergegenwärtigung aller Anwendungsfälle auf induktivem Wege in das Wesen einer Denkfigur einzudringen[18]).

Das Bürgerliche Gesetzbuch gebraucht den Ausdruck „Interesse" einerseits ohne irgendwelchen Zusatz, andererseits mit verschiedenen Attributen, insbesondere „rechtliches Interesse", „berechtigtes Interesse", „besonderes Interesse".

Die eine Gruppe von Fällen zeigt, daß das BGB. die Rechtsausübung als ein Mittel zur Befriedigung von Interessen auffaßt. Demzufolge schließt sie dieselbe da aus, wo ein schutzwürdiges Interesse fehlt[19]). Dies ist besonders deutlich aus dem Schikaneverbot des § 226 BGB. zu ersehen. Dieser Paragraph verneint nicht das Bestehen des Rechtes selbst, sondern nur die Möglichkeit seiner Ausübung[20]) in den Fällen, wo das nächste, un-

15) Cohnfeldt, a.a.O., S. 63.
16) Manigk, Interesse, S. 298.
17) Heinsheimer a.a.O. Bd. I Code civil: Art. 1154: Les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts, où par une demande judiciare, où par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière. Art. 1155: Néanmoins les revenus échus, tels que fermages, loyers, arrérages de rentes perpétuelles ou viagères, produisent intérêt du jour de la demande ou de la convention. La même règle s'applique aux restitutions de fruits, et aux intérêts payés par un tiers aux créanciers en acquit du débiteur.
18) Gradenwitz, a.a.O., Einl., S. XI.
19) Manigk, Interesse, S. 302.
20) Staudinger, a.a.O., zu § 226, 4a S. 840.

mittelbare Interesse dahin geht, einem anderen durch die Rechtsausübung lediglich einen Schaden zuzufügen. Dieser hier zum Ausdruck gelangte Rechtsgedanke ist nicht neu; er findet sich bereits in den Digesten Justinians[21]) und in den alten deutschen Stammesrechten, wo die schikanöse Rechtsausübung namentlich als Verbot des sogen. Neidbaues mißbilligt wird[22]). Die Grundtendenz des § 226 ist eine unverkennbar stark ethische. Hier werden einer „rein egoistischen Interessenverfolgung die zu Rechtsnormen erhobenen Gebote der heutigen sozialen Ethik hemmend entgegengestellt"[23]).

Gemäß § 542 Abs. 1 BGB. kann der Mieter einer Sache, wenn ihm dieselbe ganz oder teilweise vorenthalten wird, den Vertrag fristlos kündigen. Bei objektiv unerheblichen Beeinträchtigungen dagegen ist eine Kündigung gemäß Abs. II grundsätzlich überhaupt nicht zulässig. Diese Beschränkung des Kündigungsrechtes gilt aber nicht schlechthin[24]). Selbst wenn eine nach den regelmäßigen Verhältnissen nur unerhebliche Beeinträchtigung des Gebrauches vorliegt, so ist die Kündigung doch in solchen Fällen zulässig, wo sie durch ein besonderes Interesse des Mieters gerechtfertigt wird. Allerdings findet die in einer derartigen Berücksichtigung individueller Interessen des Mieters für den Vermieter liegende Gefahr ihr Korrektiv darin, daß eine Kündigung aus § 542 BGB. stets die Beeinträchtigung eines vertragsmäßigen Gebrauches voraussetzt[25]).

Auch im Sachenrecht setzt die Rechtsausübung häufig das Vorliegen eines Interesses des Berechtigten voraus. In § 905 Satz 2 BGB. erhält das unbedingte Verbietungsrecht des Grundstückseigentümers eine einschneidende Ausnahme. Der Eigentümer darf nämlich Einwirkungen auf das räumliche Gebiet unter und über der Erdoberfläche seines Grundstückes nicht verbieten, wenn sie in solcher Tiefe oder Höhe vorgenommen werden, daß er an der Ausschließung kein Interesse hat.

Diese Einschränkung, die sich im ersten Entwurf nicht vorfand, ist erst später eingefügt, und zwar, wie sich aus den Protokollen der zweiten Kommission ergibt, zwecks Förderung der gewerblichen Interessen, deren fortschreitende Entwicklung durch eine rücksichtslose Anwendung des absoluten Verbietungsrechts in erheblicher Weise erschwert werden würde. Aber nach dem klaren Wortlaut des § 905 bietet das Interesse des Eigentümers, nicht das des Eingreifers die Grundlage für einen etwa notwendig werdenden Ausgleich der Interessen.

Was für ein Interesse des Eigentümers berücksichtigt wer-

21) Lex 38 D de rei vind. (6, 1, 1.)
22) Münch. Bauordng. von 1849.
23) Staudinger, a.a.O. zu § 226, 3, S. 840.
24) Oertmann, a.a.O., § 252 I c, S. 760.
25) Mittelstein, a.a.O., S. 320.

den muß, darüber sagt das Gesetz nichts. Trotz Fehlens gesetzgeberischer Unterlagen wird man aber darunter jedes nur irgendwie des Schutzes würdige Interesse zu verstehen haben, mithin auch ein reines Affektionsinteresse, sofern es nur in wahrnehmbarer Weise zutage tritt[26]). Bei Beantwortung der Frage, ob ein schutzwürdiges Interesse des Eigentümers vorliegt, sind allgemeine Verkehrsanschauungen, unter Umständen ortsübliche Verhältnisse in Betracht zu ziehen[27]).

Gemäß § 922 Satz 3 BGB. darf eine Grenzeinrichtung zwischen zwei Grundstücken, an der nach dem Satze „superficies solo cedit" jeder Nachbar Alleineigentümer des auf seinem Grundstücke befindlichen Teiles ist, beide Nachbarn aber ein gemeinschaftliches Nutzungsrecht haben[28]), nur dann aufgehoben oder verändert werden, wenn beide Teile damit einverstanden sind oder wenn der andere Teil an dem Fortbestand der Einrichtung kein Interesse mehr hat.

§ 1021 BGB. läßt die Vereinbarung zu, daß der Eigentümer eines belasteten Grundstückes sich verpflichtet, die auf dem dienenden Grundstück befindliche Anlage zu unterhalten. Durch eine derartige Vereinbarung kann aber dem Eigentümer des belasteten Grundstückes nicht unbedingt, sondern nur insoweit die Unterhaltungspflicht übertragen werden, als es das Interesse des Berechtigten an der Ausübung der Grunddienstbarkeit erfordert[29]).

Gemäß § 12 BGB. wird das Namensrecht durch Mißbrauch des Namens erst dann geschädigt, wenn das Interesse des Beschädigten verletzt ist. Unter diesem Interesse ist, wie das Reichsgericht ausgeführt hat[30]), nicht nur ein Familien- oder vermögensrechtliches Interesse, sondern jedes des Rechtsschutzes würdige Interesse, also auch ein ideales und Affektionsinteresse zu verstehen.

Eine andere Gruppe von Fällen zeigt, daß der Berechtigte von einer nur unter gewissen Voraussetzungen gestatteten Rechtsausübung bei entgegengesetzter Interessenlage von der Erfüllung dieser Voraussetzungen befreit wird[31]). So kann gemäß § 325 BGB. der Gläubiger beim Verzug des Schuldners hinsichtlich der möglichen Rechtsleistung, falls diese für ihn kein Interesse hat, unter Rückgabe einer etwa bereits erfolgten Teilleistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages fordern oder vom ganzen Betrage zurücktreten, und zwar ohne Fristsetzung für die nachträgliche Erfüllung. Maßgebend sind hier lediglich, wie das Gesetz klar erkennen läßt,

26) Rspr. OLG. 5. Band, 1902, S. 384. Manigk, Interesse, S. 302.
27) Staudinger, zu § 905 2b, S. 303.
28) Enneccerus-Wolff, Sachenrecht, 1929, § 58, S. 176.
29) RGR.-Komm. zu § 1021, S. 397.
30) RG. 74, 308 (311).
31) Manigk, Interesse, S. 303.

die Interessen des vertragstreuen Teiles, so daß die Frage nach dem Vorhandensein der Voraussetzung nicht nach objektiven Gesichtspunkten, sondern nach den Verhältnissen des Zurücktretenden zu entscheiden ist[32]).

Der gleiche Rechtsgedanke liegt dem § 634 Abs. 2 BGB. zugrunde. Die Ansprüche des Bestellers auf Wandlung und Minderung, die gemäß § 634 Abs. 1 BGB. grundsätzlich die Stellung und den Ablauf einer angemessenen Frist voraussetzen, können ausnahmsweise auch ohne Friststellung geltend gemacht werden, wenn ein besonderes Interesse des Bestellers vorliegt.

Der in § 810 BGB. gegebene Anspruch auf Einsichterstattung setzt das Vorliegen eines rechtlichen Interesses an der Einsicht einer Urkunde voraus.

Der Begriff des rechtlichen Interesses ist bestritten. Was unter demselben zu verstehen ist, hängt im allgemeinen von der Auslegung der konkreten Norm ab[33]). In § 810 BGB. wird man mit der Definition auskommen, daß ein solches rechtliches Interesse dann besteht, wenn die Vorlegung der Urkunde für die Erhaltung, Förderung oder Verteidigung rechtlicher Verhältnisse des die Edition Verlangenden von Bedeutung ist. Ein rein wirtschaftliches Interesse, z. B. das Interesse eines Kaufmanns an der Vergrößerung seiner Geschäftsbeziehungen, das Interesse der Wertsteigerung des eigenen Vermögens, an der Zahlungsfähigkeit des Schuldners, genügt jedenfalls nicht. Die im Hintergrund stehenden, zu schützenden Rechtsverhältnisse brauchen zwar nicht vorhanden sein, aber sie dürfen auch nicht ganz in der Luft schweben, vielmehr muß es sich um bestimmte, zumindest bestimmbare Rechtsverhältnisse handeln[34]). Gerät das Interesse des Vorlegungsberechtigten mit dem Interesse des Besitzers der Urkunde in Widerstreit, so muß gemäß § 242 BGB. entschieden werden, ob das Interesse an der Geheimhaltung höher einzuschätzen ist als das an der Vorlage.

Ein rechtliches Interesse des Klägers an der alsbaldigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses besteht im allgemeinen dann, wenn dem Recht oder der Rechtslage des Klägers eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht und das Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen[35]). Diese Unsicherheit muß dadurch entstanden sein, daß der Gegner außerhalb des Prozesses dem Rechte des Klägers tatsächlich oder wörtlich entgegentritt, daß er das Recht des Klägers bestreitet oder für sich ein damit unverträgliches Recht in Anspruch nimmt[36]). Ein rechtliches Interesse liegt auch dann vor, wenn der Kläger eine Hemmung in der Freiheit

32) Recht, 1912 Nr. 2811, Staudinger zu § 325 II 2b, S. 506.
33) Manigk, Interesse, S. 303. Siegel, a.a.O., S. 66 ff.
34) Siegel, ebd.
35) Stein, ZPO. § 256 III, S. 703.
36) RG. in JW. v. 27. 3. 95.

seiner vermögensrechtlichen Beziehungen dadurch erleidet, daß er Mittel zur Befriedigung eines angemaßten Anspruches bereitstellen muß.

Wegen Vorliegens kollidierender Interessen (§ 181 BGB.: Handeln des Vertreters mit sich selbst im eigenen Namen) hat das Bürgerliche Gesetzbuch im Gegensatz zu E 1, der von der grundsätzlichen Zulässigkeit des Selbstkontrahierens ausging, das Selbstkontrahieren nur insoweit zugelassen, als es sich um Rechtsgeschäfte handelt, die ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehen[37]).

F. Alle berechtigten Interessen sind zum Rechtsschutz geeignet.

Die Quellenzeugnisse des römischen Rechtes, die sich mit der Ermittlung des Interesses befassen, stellen dasselbe durchweg als einen auf Schätzung (aestimatio) beruhenden Geldwert hin[38]). Der Grund dafür ist nach Mommsen[39]) darin zu suchen, daß zur Zeit des Formularprozesses jede condemnatio auf Geld gerichtet sein mußte. Demgemäß erlosch mit dem Wegfall des ökonomischen Interesses des Gläubigers die Verbindlichkeit des Schuldners. Dieser Grundsatz hat sich im französischen Recht erhalten[40]). Das BGB. dagegen hat sich auf den Standpunkt gestellt, daß zwar als besonders häufiger und vorzugsweise wichtiger Fall der Ausgleich eines Vermögensinteresses in Betracht kommt, im übrigen aber das Recht dazu berufen sei, nicht nur wirtschaftliche, sondern auch ideelle Interessen mit Rechten zu versehen[41]).

In Durchführung dieser Annahme läßt das BGB. in dem Falle, wo das Entzogene in etwas anderem als in Geld besteht, die Interesseleistung zunächst auf Leistung dieses anderen gehen, und nur dann, wenn die Leistung desselben unmöglich bzw. in einer anderen Weise als durch Geld nicht zu ersetzen ist, tritt Umwandlung in eine Geldleistung ein[42]).

G. Aufgabe der Rechtsordnung, Interessenregelung vorzunehmen.

Entscheidend bei allen Schuldverhältnissen, gleichgültig, ob sie aus Vertrag oder Delikt entstehen, ist das Interesse der Parteien, das die Rechte und Pflichten des Schuldverhältnisses be-

37) Prot. I, S. 175.

38) Gimmerthal, a.a.O., S. 3. S. a. l. 6, 1 D de servis export. (18, 7) l. 27, l. 50 D de furt. (47, 2).

39) Mommsen, a.a.O., § 3.

40) Pothier a.O. Partie I, Chap. I, Sect. 4. § 3. Nr. 140. Un fait, pour être la matière d'une obligation civile, doit être un fait auquel celui, envers qui elle est contractée, ait un interêt appreciable à prix d'argent, suivant les raisons.....

41) Windscheid, a.a.O., § 257, Manigk, Interesse, S. 301.

42) Gimmerthal, a.a.O., S. 47.

stimmt. Dieses Interesse ist die treibende Kraft, die die Eingehung eines kontraktlichen Schuldverhältnisses veranlaßt, dieses Interesse bestimmt auch beim Interesse aus Delikt oder ex lege dessen Umfang und Inhalt. Infolgedessen ist das Interesse der Parteien als bestimmender Faktor der sich aus dem Schuldverhältnis ergebenden Rechtspflichten zu verwerten[43]).

Die Rechtsordnung, deren Aufgabe es ist, eine Regelung der Interessen vorzunehmen, hat nun bei Abwägung der Interessen der beiden Parteien das jeder Partei Zumutbare als obere Grenze ihrer Verpflichtung festzusetzen. Hier zeigt sich die notwendige Abgrenzung der Aufgaben des Rechts gegenüber den Forderungen der Sittlichkeit[44]).

Nach der Ansicht M. E. Mayers[45]) können Recht und Sittlichkeit nicht miteinander verglichen werden, da sie als verschiedenartige Kreise von Kulturnormen in verschiedenen Ebenen liegen. Diese Ansicht muß als unzutreffend bezeichnet werden[46]). Recht und Sittlichkeit liegen vielmehr auf einer Bahn. Auf dieser Bahn vollzieht sich die Kulturentwicklung der Menschheit, ihr Zielpunkt wird durch die Idee der Sittlichkeit gekennzeichnet. Diese transzendentale Idee setzt aber menschliche Vollkommenheit voraus. Würde diese Vollkommenheit erreicht sein, so wäre eine Rechtsordnung entbehrlich. Der Seinszustand der Menschheit ist aber von dem Ideal der Vollkommenheit weit entfernt[47]). Aus dieser Tatsache heraus erwächst dem Recht die komplizierte Aufgabe, unter Berücksichtigung der erdgebundenen Schwächen der Menschheit regelnd in den Kampf ums Dasein einzugreifen. Dieser Eingriff hat sofort zu erfolgen, da sich das Recht, im Gegensatz zur Sittlichkeit, unmittelbar durchsetzen muß. Den Ansprüchen der Sittlichkeit muß der Mensch erst entgegenreifen. Mit der Interessenregelung im Kampfe ums Dasein kann das Recht nicht warten, bis „die Menschheit den Gipfel der Humanität" erreicht hat[48]). Die ethischen Normen sind, wie Stammler[49]) betont, lediglich einladende, die Rechtsnormen dagegen selbstherrlich verbindende.

Stellt nun das Recht mit Notwendigkeit eine Zwangsordnung dar, so darf es gerechterweise den Menschen auch nur zu dem zwingen, was es ihm z u m u t e n darf. Es darf sich nicht „um seiner Idee willen im ethischen Gehalt vergreifen"[50]). So hat es neben seiner Zielrichtung zum Sittlichen, die weiter unten behandelt werden wird, noch die Forderung zu erfüllen, auf die

43) Schwendowius, a.a.O., S. 35.
44) Manigk, Interesse, S. 306.
45) M. E. Mayer, a.a.O., S. 69 ff.
46) Manigk, Die Idee des Naturrechts.
47) Ebd., S. 18.
48) Manigk, Wie stehen wir heute zum Naturrecht? S. 36.
49) Stammler, Wirtschaft und Recht, 379.
50) Manigk, Die Idee des Naturrechts, S. 20.

Unvollkommenheit der Menschen Rücksicht zu nehmen und eine Regelung ihrer erdgebundenen Interessen und damit eine unbedingt wirksame Ordnung des realen Lebens vorzunehmen[51]).

H. Zusammenhang des Wesens des subjektiven Rechtes mit dem Interesse des Rechtssubjekts.

Während die Sittlichkeit nur Pflichten kennt, erwachsen aus dem Recht auch subjektive Rechte und Ansprüche. Denn wie auf der einen Seite der Schuldner, wo seine „sittliche Autonomie" versagt, von der Rechtsordnung zur Erfüllung seiner Pflicht angehalten werden kann und muß, so darf auf der andern Seite der Gläubiger nicht auf den guten Willen des Schuldners angewiesen bleiben, vielmehr muß er im subjektiven Recht eine Waffe in die Hand bekommen, die ihm die Verwirklichung seines ihm zustehenden Anspruches ermöglicht[52]). Dem Rechtsdruck, der infolge des Fortschrittes in der Entwicklung von Staat und Recht in einer fortgesetzten Steigerung der Anforderungen auf das Individuum ausgeübt wird[53]) — wir erinnern, um nur eines herauszugreifen, an die immer größeren Opfer, die dem Eigentümer zugemutet werden[54]) — entspricht die Wohltat der Rechtssicherheit.

Es ist das Verdienst Iherings, den lebendigen Zusammenhang des Interesses mit dem Wesen des subjektiven Rechtes nachgewiesen zu haben[55]). Dadurch befreite er nur einerseits von der Lehre Kants, nach der das „Recht und die Befugnis zu erzwingen dasselbe bedeutet"[56]), andererseits von der Lehre Hegels, der die Substanz des Rechtes lediglich in den Willen setzte und dessen Einfluß bis dahin für die positive Jurisprudenz bewußt oder unbewußt ein maßgebender gewesen war.

Nach Hegel werden die abstrakten Rechtstypen, die das Gesetz aufstellt, die Begriffe des Eigentums, der Obligation usw. erst dadurch lebendig, daß der individuelle Wille sie erfüllt und beseelt. Nicht ein Bedürfnis, die Aussicht auf einen Nutzen führe die Menschen dazu, einen Vertrag abzuschließen — dies gelte nur für ihr Bewußtsein, d. h. sei lediglich subjektives Motiv — in Wirklichkeit sei es „die Vernunft an sich, nämlich die Idee des realen, d. h. nur im Willen vorhandenen Daseins der freien Persönlichkeit"[57]).

Wie Jhering ausführt, können aber Persönlichkeit und Rechtsfähigkeit nicht mit Willensfähigkeit zusammenfallen.

51) Manigk, Die Idee des Naturrechts, S. 22.
52) Manigk, Wie stehen wir heute zum Naturrecht, S. 38 ff.
53) Jhering, Zweck im Recht, Bd. I, S. 512.
54) Manigk, Die Idee des Naturrechts, S. 21.
55) Manigk, Interesse, S. 307.
56) Kant, a.a.O. § D S. XXXV, Einleitung.
57) Hegel, a.a.O., §§ 28 ff., S. 34 ff.

Jede Rechtsordnung, so sagt er, erkennt in Kindern und Wahnsinnigen nicht nur das rein Menschliche, das Persönliche an, sondern erteilt ihnen — abgesehen von mehr oder minder belanglosen Modifikationen — dieselbe Vermögensfähigkeit wie den willensfähigen Personen. Das entspricht nicht einer willkürlichen Laune des Gesetzgebers, sondern „in Anerkennung des Anspruches, den jedes menschliche Wesen auf der Stirn trägt" [58]). Entscheidend ist nicht das Wollen einer Person, sondern der Genuß, den eine Person beanspruchen kann.

Daß die subjektiven Rechte ihren Zweck im Interesse haben, in diesem zum Teil sogar ihre Schranke finden, hat Jhering hervorgehoben und damit gleichzeitig den Rechtsbegriff aus der formalen Sphäre, in der ihn das frühere Schrifttum festgehalten hatte, befreit [59]). Wenn er aber das Recht als rechtlich geschütztes Interesse schlechthin definiert, so ist er darin zu weit gegangen.

Zwar ist es richtig, daß der Machtgesichtspunkt einerseits, der Willensgesichtspunkt andererseits keinen zureichenden Maßstab für die Abgrenzung und Verteilung der subjektiven Rechte darbietet und über das Warum ihrer Ausdehnung keinen erschöpfenden Aufschluß geben kann, aber ebenso gewiß ist, daß die Substanz des Rechtes nicht das Interesse sein kann. Denn das Recht verleiht ja dem Einzelnen keine Interessen, sondern stattet den Einzelnen mit Rücksicht auf bestimmte Interessen mit einer gewissen, diesen Interessen angepaßten Macht aus [60]). Die von der Rechtsordnung dem Einzelnen gewährten subjektiven Rechte sollen nicht seiner Willkür, sondern lediglich seinen vernünftigen Zwecken dienen. Im übrigen ist die Rechtsausübung keinesfalls grundsätzlich an die Voraussetzung eines Interesses geknüpft, sondern die Rechtsfrage ist im konkreten Falle von der Interessenfrage durchaus unabhängig.

Daß es Rechte ohne ein eigenes Interesse gibt, beweist, wie von Tuhr [61]) ausführt, der Vertrag zugunsten Dritter, wenn der Dritte nach § 328 BGB. nicht forderungsberechtigt ist. Verabredet z. B. der Schenker eine Auflage zugunsten des A, ohne daß dieser die Vollziehung verlangen darf, so ist an der Leistung lediglich A interessiert, nicht der Schenker, der im Gegenteil eher ein Interesse an dem Unterbleiben der Leistung hat, weil ihm daraus die condictio des § 527 Abs. 2 BGB. erwachsen kann. Trotzdem ist nicht A, sondern der Schenker Subjekt der Forderung auf Vollziehung der Auflage. Hieraus zieht v. Tuhr die Folgerung, daß das „Wollen-dürfen", die Möglichkeit, die Leistung zu verlangen, das Wesen des subjektiven

58) Jhering, Geist des römischen Rechts III, Abschn. 1, § 60 S. 317 ff.
59) Manigk, Interesse, S. 307.
60) Merkel in JJ. Bd. 32, S. 24.
61) v. Tuhr, a.a.O., § 1, S. 59.

Rechtes ausmacht, nicht dagegen der Vorteil aus dieser Rechtslage.

Wie Manigk hierzu ausführt, bedarf es nicht erst eines Hinweises auf eine Figur wie den Vertrag zugunsten Dritter, vielmehr ist das ganze Bürgerliche Gesetzbuch von dem Prinzip der in dieser Hinsicht voraussetzungslosen Rechtsausübung beherrscht[62]). Wo die Rechtsausübung von dem Vorliegen eines Interesses abhängig gemacht ist, ist dies im Gesetz ausdrücklich normiert.

J. Das Recht ist nicht nur Interessenrecht, es erhält seine höheren Aufgaben aus dem Mandat der Sittlichkeit.

Da das objektive Recht immer eine Interessenregelung darstellt, so ist ein gerechter Ausgleich aller beteiligter Interessen erforderlich. Aber nur selten läßt sich die zu findende Norm aus diesem Grundgedanken des Rechts erschließen, da der Zusammenhang mit diesem allgemeinsten Zweck manchmal unsicher ist, manchmal ganz verborgen bleibt[63]). Aus der Rechtsgeschichte erhellt, daß der Gesetzgeber diese im Sinne der Rechtsidee normative Grenzlinie häufig verfehlt hat, entweder aus Verkennung des zweckgemäßen und gerechten Prinzips oder aus einer staatspolitisch einseitigen Interessiertheit heraus[64]). Außerdem sind die abstrakt gefaßten Normen des Gesetzes in vielen Fällen nicht eindeutig, wie alle Erklärungen bedürfen auch sie der Ermittlung ihres Sinnes[65]).

Da die Interessen Agentien des menschlichen Handelns sind, so müssen die Interessenindizien für den Tatbestand eines Rechtsgeschäftes als Auslegungsmaterial herangezogen werden. Ja, bei unvorhergesehenen Anwendungsfällen und Folgen des Gesetzes, die bei Kenntnis der Sachlage vom Gesetzgeber nicht gewollt sein würden, muß der Richter sogar berechtigt und verpflichtet sein, von der Formulierung des Gesetzes abzuweichen und so zu entscheiden, wie der Gesetzgeber, wenn er sie vorausgesehen hätte, wahrscheinlich entschieden haben würde[66]). Diesen richtigen Gedankengang stark betont zu haben, ist das große Verdienst der Vertreter der sog. Interessenjurisprudenz.

Im Gegensatz zu der sog. Begriffsjurisprudenz, die den Richter auf die logische Subsumtion des Tatbestandes unter die Rechtsbegriffe beschränkt und die Rechtsordnung als ein geschlossenes System von Rechtsbegriffen auffaßt[67]), beruht die

62) Manigk, Interesse, S. 307.
63) Enneccerus-Nipperdey I § 53 S. 156.
64) Manigk, Interessenjurisprudenz, S. 309.
65) Enneccerus-Nipperdey I § 46a, S. 139.
66) Enneccerus-Nipperdey I § 54 Abs. 1, S. 158.
67) Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, § 1 S. 3.

neuere Richtung, der die Interessenjurisprudenz angehört, auf der Erkenntnis, daß es die Lebensbedürfnisse nicht befriedigen kann, wenn der Richter auf die logische Subsumtion beschränkt bleibt.

Nach ihrer Ansicht ist es für jeden Gesetzgeber unmöglich, die Mannigfaltigkeit des Lebens so vollständig einzufangen und zu regeln, daß für jeden Fall die logische Subsumtion die richtige Abgrenzung ergibt[68]). Daher sollen die Bedingungen genauer erforscht werden, unter denen sich eine Rechtsbildung vollzogen hat, damit wir aus ihnen erkennen, bis zu welchem Punkt sich der Schutz eines Interesses erstrecken soll — z. B. der des Grundeigentums —, wo sich ein anderes Interesse erhebt, das, vom Standpunkt der Allgemeinheit betrachtet, als das schutzwürdigere erscheint — z. B. das des Bergbaues, und wo dieses Interesse wiederum zurücktreten muß, wenn wieder höhere Interessen, z. B. bergpolizeiliche, dies erfordern[69]).

Die Interessenjurisprudenz geht davon aus, daß das Recht zweckbewußt von Menschen geschaffen wird und daß die Rechtssätze dazu dienen, Ausgleichung und Durchsetzung von Interessen vorzunehmen[70]). Daher muß der Richter in die Absichten des Gesetzgebers eindringen und auch für von ihm nicht geregelte Sachlagen auf Grund eigner Interessenprüfungen die Werturteile des Gesetzes verwirklichen. Der Primat der Logik soll durch den der Lebensforschung und Lebensverwertung verdrängt werden[71]).

Diese starke Betonung der Berücksichtigung der abzuwertenden Interessen ist keine zufällige Erscheinung, vielmehr handelt es sich hierbei um eine naturnotwendige Widerspiegelung des allgemeinen Zeitgeistes. Das neunzehnte Jahrhundert, mit festen ethischen und politischen Grundsätzen, neigte mehr zu begriffsscharfer Betrachtungsweise, das zwanzigste Jahrhundert, stärker auf praktische und Nützlichkeits-Erwägungen eingestellt, gibt einer teleologischen Betrachtungsweise den Vorzug[72]).

Auch in den Entscheidungen des Reichsgerichtes kann man eine Wandlung von einer begriffsjuristischen zu einer interessenjuristischen Auffassung beobachten. Während das Reichsgericht in einer früheren Entscheidung[73]) eine entsprechende Anwendung des § 300, jetzt § 335 ZPO. auf den Fall des Nichterscheinens eines Beklagten aus stark formalistischen Gründen abgelehnt hat, betont es in einer neueren Entscheidung[74]), daß

68) Ebd., S. 4.
69) Müller-Erzbach, Wohin führt ...., S. 125 ff.
70) Stoll, a.a.O., S. 66.
71) Heck, Begriffsb. u. Interessenjurispr., S. 4; s. a. Stammler, Theorie .. S. 733 ff.
72) Oertmann, Interesse u. Begriff, S. 2.
73) RG. 13, 334 (339).
74) RG. 106, 272 (277).

„den Vorschriften des BGB. im allgemeinen zu viel, den sozialen Verhältnissen, wie sie sich inzwischen entwickelt haben, im allgemeinen zu wenig Bedeutung beigemessen wird." —

Es ist zweifellos richtig, daß das Recht, aus bestimmten Bedürfnissen hervorgegangen, auch bestimmte Interessen zu schützen berufen ist. Die geschäftlichen Rechtsakte sind nicht Selbstzweck, sondern sie dienen ohne Ausnahme zur Befriedigung ganz bestimmter Interessen. Sie müssen infolgedessen in ihrer Tragweite auch von diesen bestimmt werden[75]). Es ist auch mit Heck[76]) daran festzuhalten, daß die Funktion des Rechts darin besteht, den Begehrungen sowohl materieller Interessen, als auch idealer Güter und ethischer Werte der Gesamtheit und des Einzelnen Rechnung zu tragen und eine interessengemäße Normgewinnung anzustreben. Aber auch in der Verwendung des Interessenmomentes gibt es eine Grenze. Trotz eines noch so deutlichen Interesses einer oder beider Parteien darf der in dem Rechtsakt ausgedrückte Parteiwille nicht zurückgestellt werden[77]). Wie Oertmann hierzu des näheren ausführt, zeigt sich dies besonders deutlich bei der letztwilligen Verfügung. Diese ist nach dem erkennbaren Willen des Erblassers auszulegen. Nun ist es durchaus denkbar, daß der Wille des Erblassers mit seinem Interesse nicht zusammenfällt. Bei einer Divergenz von Wille und Interesse ist es aber ausgeschlossen, den Willen des Erblassers dahin zu korrigieren, wie er ihn wahrscheinlich gehabt hätte, wenn er alle beteiligten Interessen in vernunftgemäßer Weise gegeneinander abgewogen hätte.

Nur der Fall des Irrtums gemäß § 2078 BGB. macht eine Ausnahme, und auch dann ist nicht etwa eine Umdeutung entsprechend dem bei richtiger Kenntnis der maßgebenden Umstände als gewollt anzusehenden möglich. — sondern in lediglich negativem Sinne eine Anfechtung der auf Irrtum aufgebauten Erklärung.

Als weiteres Beispiel führt Oertmann die auftraglose Geschäftsführung an. Nach § 677 BGB. hat der auftraglose Geschäftsführer das Geschäft im Interesse des Geschäftsherrn zu führen, und zwar mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen. Das Interesse des Geschäftsherrn ist aber lediglich im Rahmen der auftraglos übernommenen Geschäftsführung zu beachten. Das ist natürlich, denn der Geschäftsführer kann unmöglich für seine Maßnahmen den diesbezüglichen Willen des Geschäftsherrn ermitteln. Ob aber der Eingriff in eine fremde Rechtssphäre überhaupt zulässig gewesen ist, dafür ist gemäß § 678 BGB. allein der Wille des Geschäftsherrn maßgebend.

75) Oertmann, a.a.O., Int. u. Begr., S. 11.
76) Heck, Grundriß des Schuldrechts 1929, S. 472.
77) Oertmann, Int. u. Begr., S. 11 ff.

Dieser Wille wird sich nicht in allen Fällen ermitteln lassen; dann ist der mutmaßliche Wille ausschlaggebend. Ein solcher wird zwar häufig nur aus dem Interesse festzustellen sein, und in solchen Fällen ist das Interesse ein außerordentlich wichtiger Erkenntnisgrund für das Sein oder Nichtsein des maßgebenden Willens, aber doch kein Rechtsgrund für die Statthaftigkeit des Eingriffes[78]).

Auch im geschäftlichen Verkehr hat grundsätzlich zuletzt der Parteiwille zu entscheiden. Der Richter würde zu weit gehen, auf Kosten des Parteiwillens Interessenabwägungen der Parteien vorzunehmen. Demgegenüber hat Müller-Erzbach in seiner Schrift: „Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung" als Aufgabe der Wissenschaft und Rechtsprechung die Beurteilung eines jeden Rechtsverhältnisses nach Lage der beteiligten Interessen gekennzeichnet. Auf diesem Grundsatz ist seine Lehre von der mittelbaren Stellvertretung aufgebaut.

Müller-Erzbach lehnt die herkömmliche Konstruktion der Liquidation aus fremdem Interesse mit der Unterstellung des Interesses des Dritten unter die Schadensersatzforderung des Gläubigers ab. Das geltende Prinzip bedeute eine Teilung der Gläubigerschaft in eine materielle und formelle und sei ein Bruch mit der Logik und Systematik des Rechts[79]). Erforderlich sei bei der indirekten Stellvertretung ebenso wie bei der direkten oder unmittelbaren Stellvertretung die Herstellung direkter Rechtsbeziehungen zwischen dem Dritten und dem Schuldner[80]). Diese Rechtsbeziehungen will Müller-Erzbach aus dem Auftrag herleiten, den der Dritte dem als Vermittler auftretenden Gläubiger gegeben hat. Dieser Auftrag soll die gleiche Funktion haben wie die Vollmacht bei der direkten Stellvertretung. Trotzdem bleibe aber der Gläubiger dem Schuldner weiter verhaftet, zwar nicht als Gesamtschuldner, da gemäß § 425 BGB. Haftungssteigerungen und Haftungsbeschränkungen nur in der Person des Interessenten selbst eintreten[81]), wohl aber hafte der Vermittler akzessorisch neben dem Dritten, und zwar nicht etwa nur subsidiär, da seine Verpflichtung, als auf seinen Namen gestellt, eine primäre sei: Dieser Lösungsversuch Müller-Erzbachs verdient insofern besondere Beachtung, als er die Notwendigkeit einer Verbindung zwischen dem Schuldner und dem materiell interessierten Dritten betont. Die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit einer derartigen Lösung ist nicht zu verkennen, denn es können im Geschäftsverkehr Umstände eintreten, die die unmittelbare Berechtigung des eigentlich Interessierten für diesen von ausschlaggebender Bedeutung sein lassen können. Aber um eine

78) Oertmann, Int. u. Begriff, S. 13.
79) Müller-Erzbach, Grunds. d. mittelb. Stellvertr., S. 23 ff.
80) Ebd., S. 28.
81) Ebd., S. 32.

derartige Interessenregelung herbeizuführen, bedarf es nicht einer besonderen Methode der Interessenabwägung, vielmehr können bei einem Rechtsgeschäft die Parteien selbst eine ihren Interessen entsprechende Regelung vornehmen bezw. es läßt sich ihren Bedürfnissen durch juristische Konstruktion entsprechen. Denn ebenso wie die obligatorischen Wirkungen des Vertretergeschäftes läßt sich auch das Eigentum durch antizipierte Abreden zwischen dem mittelbaren Vertreter und dem Vertretenen diesem zuführen[82]).

Auch aus einem anderen Grunde hat im geschäftlichen Verkehr grundsätzlich der Wille zu entscheiden. — Nach der Lehre Müller-Erzbachs wäre der Vertretene gezwungen, nach außen hervorzutreten. Es ist aber durchaus denkbar, daß er „als Mann im Schatten" hinter der Bühne bleiben will, wozu er seine guten Gründe haben mag, und es ist weder formalrechtlich zulässig noch rechtspolitisch zweckmäßig, ihn „aus dem Hintergrunde hervorzuzerren"[83]).

In einer späteren Schrift[84]) hat Müller-Erzbach zwar erklärt, daß er die „Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung, aus der Interessenlage entwickelt" nur de lege ferenda aufgefaßt haben wolle, indem er dem geltenden Recht ein ideelles, aus der bei allen mittelbaren Stellvertretungen gleichmäßig bestehenden Rechtslage gegenüberstellen wolle, aber seine scharfen Angriffe auf die Jurisprudenz, die ihre praktischen Aufgaben verkenne, die vielmehr durch allgemeine unbeweisbare Prinzipien das stets neue Probleme aufwerfende Leben in Fesseln schlagen möchte[85]), lassen erkennen, daß er über einen Gesetzesvorschlag hinaus gegenüber einer verfehlten wissenschaftlichen Methode der realistischen Methode den Vorzug gibt[86]).

Wir haben bereits weiter oben hervorgehoben, daß die Berücksichtigung der beteiligten Interessen in den Fällen, wo nicht bestimmte Aeußerungen über den Willensinhalt der Parteien vorliegen, für die richtige Auslegung von Gesetzesnormen unbedingt erforderlich ist[87]). Hiermit aber ist die Aufgabe der Rechtswissenschaft nur zur Hälfte gekennzeichnet. Ein wirtschaftlicher Entschluß soll nicht nur dem Maßstabe des sachlichen Nutzens, sondern auch dem Maßstabe ethischer Norm unterliegen[88]). Die Frage also: Wie hat der Richter zu entscheiden? darf nicht damit allein beantwortet werden: „So, wie es nach Abwägung der Interessen am zweckmäßigsten erscheint." Ganz abgesehen davon, daß diese Antwort, so ein-

82) Manigk, Interessenjurisprudenz, S. 312. RG. 109, 169 (170).
83) Oertmann, Int. u. Begr., S. 13.
84) Müller-Erzbach, Der Durchbruch ...., S. 338.
85) Ebd., S. 331.
86) S. hierüber auch Manigk, Interessenjurispr., S. 310.
87) Manigk, Interessenjurisprudenz, S. 314.
88) Wünsch, a.a.O., S. 2.

fach sie klingt, bei praktischer Verfolgung dem Richter die Entscheidung zahlloser Streitfragen des Zivilrechts unmöglich machen würde, so etwa die Frage, ob ein Minderjähriger oder ein Kind Eigentum an einer herrenlosen Sache erwerben können, oder die Frage, ob die für den Fall der Hypothekenübernahme in § 416 Abs. 2 Satz 2 BGB. geregelte Mitteilung, wenn sich eine dahingehende lokale Verkehrssitte herausgebildet hat, wirksam auch mündlich erfolgen kann[89]), würde eine derartige Einstellung den Zustand der heutigen Zivilisation noch mehr überspannen.

Letzte Aufgabe des Rechtes ist nicht die, praktikabel zu sein, sondern die in der Not der Wirtschaft liegende oft unumgängliche Diskrepanz zwischen Zweckmäßigkeit und Sittlichkeit nach Möglichkeit auszugleichen. Das Recht hat den Interessen nicht nur zu folgen, sondern muß vielmehr ihr Wegweiser sein[90]).

An dieser Stelle gilt es einem Vorwurf entgegenzutreten, der von Stoll[91]) gegen Manigk erhoben worden ist. Stoll wirft Manigk vor, daß er die Ziele der Interessenjurisprudenz mit denen der Freirechtschule verwechsele, indem er die Interessenjurisprudenz bezichtige, sie „fordere an Stelle (!) der Auslegung und Analogie die sogenannte Interessenwertung."

Wir konnten demgegenüber feststellen, daß in dem zum Beweis hierfür angeführten Artikel „Formalismus und Freirechtschule"[92]) sich nirgends eine Stelle findet, die auch nur im entferntesten als Grundlage für diese Behauptung angesprochen werden könnte. Abgesehen davon, daß Manigk sich in diesem Artikel mit der Interessenjurisprudenz, ihren Zielen und ihrem Verhältnis zu anderen Strömungen der Rechtslehre der Gegenwart überhaupt nicht auseinandersetzt, können wir seinem Artikel „Interessenjurisprudenz" völlig eindeutig entnehmen, daß er die Forderung der Interessenjurisprudenz, Interessenforschung und -vergleichung vorzunehmen, voll anerkennt.

Manigk will die Verwirklichung dieser Forderung nur nicht als Endziel der Jurisprudenz anerkannt wissen, sondern er will die Methode der deutschen Jurisprudenz dahin orientiert sehen, daß über die Forderung, Interessenforschung und -vergleichung vorzunehmen, hinaus die Aufgabe der Rechtswissenschaft insofern zu ergänzen ist, als bei der Analyse jeder normativen Entscheidung von Interessenkonflikten zu untersuchen ist, „welches ideelle Prinzip und in welcher konkretisierten Ausgestaltung es bei jener Entscheidung mitwirkt"[93]).

89) Manigk, Savigny und der Modernismus, S. 235 ff.
90) Manigk, Interessenjurisprudenz, S. 315.
91) Stoll, Begriff und Konstruktion ... in: Festg. f. Ph. Heck u. Rümelin, S. 63 Anm. 1.
92) Manigk, Formal. u. Freirechtsch., S. 474 (S. 489).
93) Manigk, Interessenjurisprudenz, S. 314.

Im Zusammenhang hiermit sei auf einen Vortrag verwiesen, der von dem englischen Gelehrten Sir Alfred Ewing, einem der bedeutendsten technischen Wissenschaftler Englands, im August dieses Jahres gehalten wurde[94]) und der in den Worten gipfelte: „Wir wissen, daß . . . im Leben der Völker wie in dem der Individuen die selbstsüchtige, eigenen Interessen dienende Freiheit des Einzelnen eingeschränkt werden muß, wenn unsere Kulturordnung nicht zugrunde gehen soll."

II. Hauptteil.

DER INTERESSEERSATZ IM BGB.

A. Allgemeines.

Ein geschehenes Ereignis, durch das ein Schaden eingetreten ist, läßt sich nicht mehr ungeschehen machen. Die Wirkungen einer Tatsache werden zwar durch geeignete Gegenmaßregeln bis zu einem gewissen Grade zu paralysieren sein, eine völlig gleiche Einwirkung von der Gegenwart aus auf Tatsachen, die in der Vergangenheit abgeschlossen ruhen, ist aber für Menschenkraft unerreichbar. Vielmehr kann es sich, wenn ein Schaden eingetreten ist, dessen Beseitigung von der Rechtsordnung befohlen wird, nur darum handeln, die künftigen, nachteiligen Folgen aus diesem Ereignis abzuschneiden. Somit ist jede Schadensbeseitigung nur ein „Ersatz"[1]). So stellt die Obligation der englischen Action of Assumpsit keine klagbare Schuld dar, sie kann nicht Gegenstand der Verurteilung oder Vollstreckung sein, sondern ist lediglich eine Ersatzverbindlichkeit. Es entsteht keine Forderung auf Erfüllung, sondern nur bei Nichterfüllung eine solche auf Schadensersatz[1a]). Es ist die Pflicht des Ersatzschuldners, da die Irrealität der durch das Schadensereignis unterbrochenen normalen Tatsachenreihe feststeht, einen neuen Tatsachenkomplex ins Leben zu rufen, der sich nach Möglichkeit dem irrealen Zustande nähert, der nach menschlicher Erfahrung ohne das Schadensereignis bestehen würde und an dem der Ersatzberechtigte ein Interesse hat. Schadensersatzforderung ist Interesseforderung. So normiert § 268 ZPO., daß eine Klageänderung dann nicht vorliegt, wenn der Kläger statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes einen anderen Gegenstand oder „das Interesse" fordert und § 287 ZPO. spricht von einem Schaden oder „einem zu ersetzenden Interesse"[2]).

---

94) „Technischer Fortschritt und sittliche Unreife". Vortrag, gehalten anläßlich der 100-Jahres-Feier d. British Association.

1) H. A. Fischer, Der Schaden, S. 155 § 9.

1a) Rheinstein a.a.O., S. 125 ff., S. 128.

2) Manigk, Interesse, S. 299.

B. Der Interesseersatz in rechtshistorischer Betrachtung.

Die Entwicklung des Interesseersatzes gehört zu den interessantesten Teilen der Rechtsgeschichte. Die wichtigsten Fragen, mit denen sich die Rechtswissenschaft zu befassen hat, spielen in dieses Gebiet hinein. Die Schadensbeseitigungspflicht ist eine der Grunderfordernisse des Rechts, denn erst durch sie erlangen unsere Güter einen dauernden und gesicherten Wert. Wie nun eine Gesellschaftsepoche die Verantwortlichkeit des Einzelnen abgrenzt, wie weit die Rücksichtnahme auf den wirtschaftlich Schwächeren geht, alle diese Gegebenheiten finden im Schadensersatzrecht einen beredten Ausdruck [3]).

1. Das römische Recht.

Das Zwölftafelgesetz (ca. 303 v. Christi Geburt) enthielt bereits einige Bestimmungen über den Schadensersatz, doch findet sich nirgends ein zusammenhängender Satz, der ein allgemeines Prinzip aufstellte [4]). So müssen wir uns mit einzelnen Stellen begnügen, die wir hier und da über den Gegenstand zerstreut finden [5]). Wie nach älterem deutschen Recht konnte man auch nach dem Zwölftafelgesetz nur den ursprünglichen Gegenstand des Vertrages oder seinen absoluten Wert einklagen [6]) und wie nach älterem deutschen Recht bestand kein Unterschied zwischen Strafe und Schadensersatz. Wer einen anderen schädigte, mußte Buße zahlen, die in Form bestimmter Geldsummen gesetzlich tarifiert war.

Das Recht auf seiner Kindheitsstufe scheut sich, das Interesse als Maßstab für die Ersatzpflicht zugrunde zu legen. In richtiger Erkenntnis seiner Schwäche bevorzugt es das Starre und Schablonenhafte und erspart sich damit den oft so schwierigen Nachweis über den wirklichen Umfang des Schadens [7]). Diese „objektive Aestimation" gelangt stets zu demselben Resultat, da sie sich stets auf einen bestimmten Punkt, nämlich die Sache, beschränkt. Die Einwirkung auf das ganze Vermögen — gerade der Umstand, der eine Verschiedenheit des Schadens im Einzelfalle begründen könnte — ist für diese objektive Aestimation völlig gleichgültig [8]). — Der Uebergang von der „absoluten Aestimation" zu einer „relativen Aestimation", also zu einer konkreten Schadensberechnung ist durch die lex Aquilia vermittelt [9]).

---

3) Mataja, a.a.O., Einl., S. V.
4) Pernice, a.a.O., S. 1.
5) v. Wening-Ingenheim, a.a.O., S. 3.
6) Jhering, Geist des röm. Rechts 2,1 S. 111.
7) H. A. Fischer, a a.O., S. 38; Mataja, a.a.O., S. 191.
8) Jhering, Geist d. röm. Rechts, a.a.O., 2,1 § 29, S. 111.
9) Pernice, a.a.O., S. 10.

Das erste Kapitel dieses Gesetzes bestimmte, daß der getötete Sklave oder das getötete Haustier nach dem höchsten Werte ersetzt werden sollten, den sie im letzten Jahre gehabt hatten (nach Gaius lib. VII ad. ed. provinc.), das dritte Kapitel, daß für eine beschädigte Sache als Entschädigung geleistet werde „quanti ea res in XXX diebus proximis fuerit" (nach Ulpian l. XVIII ad. ed.). Diese Berechnungsart ist eine eigentümliche und nicht recht zu erklärende. Offenbar lag den Fristbestimmungen der Gedanke nahe, dem Beschädigten einen möglichst hohen Ersatz zu gewähren[10]). Bald erkannte man aber, daß auch mit dieser Bestimmung der wahre Schaden nicht in allen Fällen beseitigt werden könne und so wurde im Wege der Interpretation die beschränkte Aestimation ausgedehnt und aus dem Wertersatz ein Interessenersatz geschaffen (vgl. § 10 J de lege Aquilia (4, 3)[11]). Das entwickelte römische Recht ist somit als das Recht der individualisierenden Billigkeit zu bezeichnen. Unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse des jeweils Beschädigten wurde alles in Betracht gezogen, was infolge des schädigenden Ereignisses dem Kläger entgangen war, gleichgültig, ob die Einbuße unmittelbar oder mittelbar durch dasselbe eingetreten war[12]). Der Gläubiger erhielt den Unterschied zwischen „der wirklichen und der hypothetischen, durch Vertragserfüllung bedingten Lage" ersetzt[13]). Bei der Schadensfeststellung berechnete der Richter den Schaden nach freiem Ermessen, ohne an irgendeine Höchstgrenze gebunden zu sein. Als Grundlage dienten ihm lediglich die Angaben des Klägers. Dieser wurde mittels Eides (iuramentum in litem) zur Selbstschätzung seines erlittenen Schadens zugelassen[14]). Da aber infolge des allgemeinen Sittenverfalls in der römischen Kaiserzeit ein Meineid zu den Alltäglichkeiten gehörte und häufig ins Ungemessene gesteigerte Schadensersatzansprüche gestellt wurden, sah sich Justinian gezwungen, eine Verordnung zu erlassen, auf Grund derer die freie Berechnung insoweit eingeschränkt wurde, als die Ersatzsumme das Doppelte nicht übersteigen durfte[15]).

2. Das deutsche Recht.

a) vor der Rezeption.

Im frühgermanischen Recht finden wir noch keine Trennung zwischen Strafe und Schadensersatz; eine „Schuld" ent-

10) Pernice, a.a.O., S. 240.

11) illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit, non solum perempti corporis aestimationem habendam esse. . , sed eo amplius quidquid praeterea. damni vobis adlatum fuent. Vgl. auch Pernice, a.a.O., S. 240. S. a. lex 13. 46. 8 lex 33. 19. 2.

12) H. A. Fischer, a a.O., S. 41. Jhering, Geist 2,1 S. 111; Pernice, a.a.O., S. 242.

13) Manigk, Interesse, S. 298.

14) lex 5 D de in lit. iur (12, 3).

15) Tit 47 VII C de sententiis quae de eo quod interest proferuntur.

steht in dieser Zeit lediglich aus Rechtsverletzung, aus Delikt und sie erzeugt nur Fehderecht, d. h. Vergeltungsrecht[16]). Die Vergeltung kann durch die Buße (compositio) ersetzt werden und diese besteht in ein für allemal fixierten Taxen. Es ist für diese Rechtsepoche bezeichnend, daß die durch Urteil verhängten Bußen nur eine Schuld, d. h. ein Bekommensollen des Klägers, nicht aber eine Haftung, d. h. ein Leistenmüssen des Beklagten bedeuteten. Erfüllte der Beklagte das Urteil nicht, so verfiel er der Acht, die dann allerdings durch die mit ihr verbundene Vermögenseinziehung die Möglichkeit bot, dem Kläger auf diesem — strafrechtlichen — Wege Befriedigung zu verschaffen[17]).

Eine Trennung zwischen Strafe und Schadensersatz finden wir erstmalig in einem der Volksrechte, der lex salica.

Nach diesem Gesetz zerfällt die Sühne für einen Diebstahl in Buße (faidus) und Ersatzgeld für die Entbehrung einer Sache (dilatura, virdira). Die dilatura wurde aber nicht durch Abschätzung der im Einzelfalle erlittenen vermögensrechtlichen Nachteile ermittelt, sondern sie war von vornherein in festen Beträgen angesetzt[18]). Sie betrug bei den Saliern in Diebstahlsfällen 7 Solidi, in Fällen des Blutraubes 30 oder 15 Solidi, je nachdem er an Freien oder Halbfreien begangen wurde[19]).

Auch in den anderen Volksrechten waren bestimmte Summen gesetzlich festgesetzt, die bei der betreffenden Schadenszufügung zu entrichten waren und ein Vertragsbruch zieht kein Interesseleisten im heutigen Sinne nach sich, sondern eine Geldstrafe ganz ohne Rücksicht darauf, ob der wirkliche Nachteil kleiner oder größer ist.

Einen Ansatz, den Anspruch auf Leistung des vollen Interesses zu gewähren, macht die Extravagante zum Sachsenspiegel[20]). Sie bestimmt: „Wer Obstbäume abhaut, soll den vom Eigentümer zu erhärtenden jährlichen Verkaufswert des Obstes ihm für 12 Jahre entrichten und neue Bäume setzen. Wenn die neugesetzten Bäume nach 12 Jahren noch nicht eines Schillings wert Frucht tragen, so braucht der Beschädigte sie nicht eher anzunehmen, als bis sie so nutzbar geworden sind." Wir sehen zwar auch hier noch eine generelle Festsetzung des Schadens — 12jähriger Ertrag —, aber die Grundlage zur Berechnung bildet doch offenbar schon der Schaden, „wie er mutmaßlich eingetreten ist".

Zusammenfassend ist zu sagen, daß das deutsche Recht vor der Rezeption einen Schadensersatz nur im Wege zahlloser,

16) Stobbe-Lehmann, Handbuch d. deutschen Privatrechts 1898.
17) Schröder, a.a.O., § 11, S. 67.
18) Brunner, a.a.O., § 138, S. 812.
19) Lex Sal. Extravag. A. 6.
20) Sachsenspiegel II, 28, § 2 (nach Hohmeyer: Die Extravaganten des Ssp., S. 245).

höchst unsicherer Berechnungen aufgestellt hat. In gerechter Würdigung der sich hierdurch unvermeidlich ergebenden Willkürlichkeiten und Ungleichmäßigkeiten wurde ein gewisses Durchschnittsmaß festgesetzt, das dem normalen und durchschnittlichen Verkehr zwar einigermaßen angepaßt war, aber doch im Einzelfall oft völlig versagte. Der konjekturale, nur eine ganz unsichere Schätzung zulassende Charakter des Schadensbegriffes ließ ein Individualisieren nicht tunlich erscheinen[21]). Zu einer klaren Anerkennung des Interesseanspruches hat es jedenfalls das deutsche Recht nicht gebracht.

b) nach der Rezeption.

aa) Das gemeine Recht.

Bis zur Rezeption des römischen Rechts beherrschte ein starker Formalismus das deutsche Recht. Das sinnlich Wahrnehmbare war einzig oder doch ganz vorwiegend als rechtserzeugendes Element anerkannt, während innerliche Vorgänge, wie Willensmomente usw. in ihrer Verwertung für das Recht entweder ganz ausgeschlossen oder stark zurückgedrängt waren. Die intellektuellen Kräfte des Volksgeistes waren noch nicht zur Genüge entwickelt, um den inneren Gehalt des Rechts selbständig zu erfassen[22]). Gemäß den Anschauungen, die mit der Rezeption des römischen Rechts in unser Rechtsleben und Rechtsgefühl eingedrungen waren, ist dieser Rechtsformalismus in den Hintergrund gedrängt worden und an seine Stelle trat die intellektuelle Beherrschung des abstrakten Rechtsbestandes.

Auf dem Gebiete des Schadensersatzrechts wirkte sich diese Wandlung insofern aus, als nunmehr statt der gesetzlich tarifierten Bußsätze als Inhalt des Schadensersatzanspruches das Interesse anerkannt wurde. Für das gemeine Recht sind die Ansichten darüber, ob die Interesseforderung statt auf Geld gehen müsse oder auch auf Naturalrestitution gerichtet sein könne, geteilt.

Brinz[23]) und Degenkolb[24]) behaupten, daß eine Interesseforderung stets eine Geldforderung bedeute, sie gehe stets „auf so viel Geld, als die dabei in Anschlag kommenden Sachen, Schäden und Entgänge an und für sich oder für alle betragen." Nach der überwiegenden Meinung der Wissenschaft, der sich auch die Praxis angeschlossen hat[25]), geht die Interesseforderung zwar primär auf Geld; da aber der Ersatzanspruch in erster Linie unter der Herrschaft der Billigkeit steht und „das Interesse des Beschädigten gerade in der Herstellung seiner frü-

21) Mataja, a.a.O., S. 203.
22) Heusler, a.a.O., § 11, S. 46 ff.
23) Brinz, Pandekten II, 1 S. 367.
24) Degenkolb, a.a.O., S. 15 ff.
25) RG. 17, S. 112.

heren Lage gefunden werden kann“ [26]), so ist es im Einzelfalle nicht ausgeschlossen, daß der Gläubiger statt des Geldäquivalentes Naturalreparation als Inhalt des Schadensersatzes zu fordern berechtigt ist [27]).

Leider waren nicht nur die Vorzüge des römischen Rechtes, sondern auch dessen Nachteile mit rezipiert worden. Die von Justinian in der bereits weiter oben zitierten lex C VII 47 verordnete Beschränkung der Höhe der Forderungen auf Ersatz des Interesses auf das Doppelte des Sachwertes erhielt sich, trotzdem man immer wieder für ihre Beseitigung eintrat, bis zur Einführung der Reichs-Zivilprozeßordnung.

bb) Das Allgemeine preußische Landrecht.

Das Allgemeine preußische Landrecht unterscheidet sich merkwürdigerweise gerade in der Schadensersatzlehre in einzelnen Teilen ganz wesentlich von derjenigen des römischen Rechts.

Zunächst konnte der Beschädigte grundsätzlich nur Ersatz des gemeinen Wertes verlangen; der Anspruch auf Interessevergütung erforderte eine besondere Begründung [28]). Um dieser Begründung enthoben zu werden, konnte zwischen den Parteien eine Vereinbarung getroffen werden, daß der Schuldner im Falle der Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit eine Konventionalstrafe zahlt. Dieses Rechtsinstitut gehört — nach Auffassung des A.L.R. — zur Lehre vom Interesse [29]). So sagt das A.L.R. im I. Teil, 5. Titel § 292: „Das Interesse, welches ein Kontrahent dem anderen bei nicht gehörig geleisteter Erfüllung des Vertrages zu gewähren hat, kann durch Verabredung einer Strafe im Voraus bestimmt werden.“

Sodann stand das A.L.R. im Gegensatz zum römischen Recht grundsätzlich auf dem Boden der Naturalrestitution. A.L.R. I, 6 § 79 besagte: „Wenn ein Schaden geschehen ist, so muß alles so viel wie möglich wieder in den Zustand gesetzt werden, welcher vor Anrichtung des Schadens vorhanden war.“ In der Praxis allerdings ist diese Bestimmung, die uneingeschränkt bis zur Grenze der Unmöglichkeit der tatsächlichen und wirtschaftlichen Herstellung primär zur Anwendung gelangen sollte, wesentlich abgeschwächt. War die Herstellung nur mit unverhältnismäßig großen Mitteln zu bewerkstelligen, so wurde einfach die Unmöglichkeit der Herstellung fingiert [30]). Des weiteren differenzierte das A.L.R. die Höhe der Ersatzpflicht je nach dem Grade des Verschuldens und unterschied zwischen Vorsatz, grobem Verschulden, mäßigem Verschulden und geringem Verschulden.

26) RG. 38, 18.
27) H. A. Fischer, a.a.O., S. 163.
28) Dernburg, a.a.O., S. 186 ff.
29) Förster-Eccius, a.a.O., § 107, S. 727.
30) H. A. Fischer, a.a.O., S. 162.

Auf Grund dieser Differenzierung kann nach der Theorie des A.L.R. eine förmliche Tabelle über den Umfang des Schadensersatzes aufgestellt werden, für welche die Grade des Verschuldens das Einteilungsprinzip bilden[31]). Diese Differenzierung war sowohl dem römischen wie auch dem gemeinen Recht völlig fremd. Das römische Recht ging von dem allein richtigen Standpunkt aus, daß in jedem Falle der volle Schaden ersetzt werden muß, sofern die Beschädigung eine irgendwie verschuldete gewesen ist. „Et levissima culpa venit."

Im Gegensatz zu diesen Neuerungen, die eher einen Rückschritt in eine primitive Rechtsepoche bedeuten, hat das A.L.R. den Begriff des Schadensersatzes aber insofern weiterentwikkelt, als es in den Fällen, in denen der „außerordentliche Wert" in Anschlag gebracht wurde, zwischen einem unmittelbaren[32]) und mittelbaren[33]) Schaden unterschied. Unmittelbar ist nach dem A.L.R. der Nachteil, der sich aus dem schadenbringenden Ereignis nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ergibt, mittelbar der Schaden, der sich erst durch ein Hinzutreten von nicht in der Regel zusammenfallenden Ereignissen oder durch eine nicht gewöhnliche Beschaffenheit der Person oder Sache entwickelt[34]). Außerdem gebührt dem A.L.R. das große Verdienst, den Begriff des entgangenen Gewinns scharf herausgearbeitet zu haben. A.L.R. I. Teil, 6. Titel, § 6 lautet: ... „Bei Bestimmung des entzogenen Gewinnes wird .. auf solche Vorteile, die entweder nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Geschäfte des bürgerlichen Lebens, oder vermöge gewisser schon getroffener Anstalten und Vorkehrungen, vernünftiger Weise erwartet werden konnten, Rücksicht genommen." Diese Legaldefinition des entgangenen Gewinnes ist maßgebend gewesen für die Fassung des § 252 des Bürgerlichen Gesetzbuches[35]).

C. Der Rechtszustand seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches.

1. Allgemeine Grundsätze.

Der I. Entwurf zum BGB. bestimmte in § 220: „Ist als Schadensersatz der Wert eines Gegenstandes zu ersetzen, so ist nicht nur der gemeine Verkehrswert, sondern auch derjenige

31) Förster-Eccius, a.a.O., § 90, S. 559.

32) A.L.R. I. Teil, 6. Titel, § 2. Wird ein .. Nachteil durch eine Handlung oder Unterlassung unmittelbar und zunächst bewirkt, so wird der Schade selbst unmittelbar genannt.

33) A.L.R. I. Teil, 6. Titel, § 3. Entsteht der Nachteil zwar aus der Handlung oder Unterlassung, jedoch nur in Verbindung derselben mit einem andern von ihr verschiedenen Ereignisse, oder mit einer nicht gewöhnlichen Beschaffenheit der Person oder Sache, so ist ein mittelbarer Schaden vorhanden.

34) Dernburg, a.a.O., § 76, S. 186.

35) Staudinger, a.a.O. zu § 252 Satz 1, S. 146.

Wert maßgebend, welchen der Gegenstand für den Gläubiger nach den besonderen Umständen hatte (außerordentlicher Wert!)."

Dieser Paragraph war aufgenommen worden „zur Verdeutlichung des Gesetzes, namentlich gegenüber dem preußischen Rechte, welches die Pflicht zum Ersatze des außerordentlichen Wertes von dem Grade des zu vertretenden Verschuldens abhängig macht"[36]. Er wurde in der zweiten Lesung gestrichen, da man annahm, daß sich die Haftung auf das volle Interesse bereits aus § 218 E I (§ 249 Satz 1 BGB.) ergebe.

§ 249 Satz 1 BGB. lautet: „Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre."

Mit dieser Bestimmung hat das Bürgerliche Gesetzbuch im großen und ganzen die Grundsätze des entwickelten römischen Rechtes und des gemeinen Rechtes übernommen, nur daß im Gegensatz zum römischen „id quod interest" nicht Geldersatz, in dem sich die bezeichnete Differenz unmittelbar verdeutlichte, sondern in erster Linie Naturalherstellung und nur aushilfsweise Geldersatz gefordert wird[37]. Für die Entscheidung, das Interesse des Gläubigers sowohl durch Herstellung des ursprünglichen Zustandes als auch hilfsweise durch Geldersatz auszugleichen, waren folgende aus den Protokollen ersichtliche Gründe maßgeblich: Da man unter Schaden jeden wirtschaftlichen Nachteil und unter Ersatz die Ausgleichung dieses Nachteils zu verstehen hat, so muß sich daraus ergeben, daß dieser Ersatz in erster Linie zwar durch Naturalrestitution, hilfsweise aber auch durch Geldentschädigung geschehen kann. Außerdem widerstreitet die terminologische Erweiterung des Schadensersatzbegriffes, den der gewöhnliche Sprachgebrauch zwar regelmäßig mit der Bedeutung der Geldentschädigung verbindet, weder der natürlichen Auffassung noch der rechtsgeschichtlichen Entwicklung. Schließlich vereinfacht sich die Technik des Gesetzes wesentlich, wenn die Wiederherstellung des früheren Zustandes und die Geldentschädigung nicht auseinandergehalten, sondern unter den Begriff des Schadensersatzes zusammengefaßt werden[38].

Die früher erhebliche Frage, ob das geltend gemachte Interesse Vermögenswert haben müsse, hat nach dem BGB. an Bedeutung verloren[39]. Besteht der Schaden z. B. in der Verminderung oder Vereitelung einer Sicherheit, so kann eine Ersetzung durch eine andere gleichwertige Sicherheit verlangt

36) Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, § 220, S. 21.
37) Manigk, Interesse, S. 299.
38) Protokolle, S. 296.
39) Manigk, Interesse, S. 300.

werden[40]). Wie aus § 253 BGB. hervorgeht, hat das Gesetz auch für die Zufügung eines ideellen Schadens eine Ersatzpflicht statuiert, allerdings nur in den vom Gesetz ausdrücklich vorgeschriebenen Fällen. Die Vorschriften, die das BGB. über die Beseitigung des ideellen Schadens enthält, sind spärlich, diese Enthaltsamkeit des Gesetzes aber ist in keiner Weise beklagenswert. Man muß berücksichtigen, daß der Gesetzgeber mit der Regelung dieses Gebietes Neuland betrat und die eine tatsächliche Neuerung bedeutenden Bestimmungen über den Ersatz immateriellen Schadens auf ihre Brauchbarkeit erst erproben wollte. Das gemeine Recht sowie das A.L.R., auf dem Standpunkt stehend, daß nur das Vermögen eines zivilrechtlichen Schutzes würdig sei, hatten für den Schutz immaterieller Interessen nichts übrig. „Der Richter kennt nur die Interessen des Geldbeutels, wo der Geldbeutel aufhört, hört für ihn das Recht auf", so kennzeichnet Jhering[41]) diese Rechtsauffassung. — Auch aus einem anderen Grunde ist die Zurückhaltung des Gesetzgebers in dieser Beziehung zu begrüßen.

Sobald der sichere Boden des Vermögensschadens verlassen ist, „tappen wir ins Ungewisse und müssen Schritt für Schritt feststellen, wo das Recht noch einen Schutz durch Schadensersatz gewährt"[42]). Eine bis ins einzelne gehende Regelung dieser Materie ist daher nicht ratsam. Nur ein Vermögensschaden kann durch ein Aequivalent „beseitigt" werden. Ein ideeller Schaden dagegen, ein Schaden z. B. an der Ehre oder Freiheit, steht zu der zugebilligten Geldsumme in gar keinem Werthältnis. Weder in natura noch nach ihrem Werte kann die Ehre „hergestellt" werden, sie verhält sich zu einem Wertersatz inkommensurabel. Die Vergütung wegen Verletzung ideeller Interessen vermag das Subiekt vielmehr nur i m g a n z e n zu treffen[43]). Während der Geldersatz wegen eines Vermögensschadens in seiner Funktion als „Ersatz" aufgeht, kann eine Vergütung wegen nicht pekuniärer Interessen nicht in jener Herstellung des Gleichgewichts aufgehen, da sie sich nicht nach dessen wirklicher Herstellung bemessen läßt. „Die Injurie wird nicht nach der Höhe des empirisch bei dem Beleidigten bestehenden Kränkungsgefühls vergütet"[44]), denn es liegt eine in Wahrheit irreparable Verletzung vor. Vielmehr gewährt die Geldvergütung wegen einer nicht pekuniären Verletzung statt eines regelrechten „Ersatzes" nur einen Gegenvorteil, der jener Verletzung gegenüber eine Art von Gegengewicht darstellt. Ehre, Freiheit, Gefühl für Recht und Billigkeit sind eben keine Handelswaren, die für Geld feil sind und deren Verlet-

40) RGZ. 73. 21 (23).
41) Jherings Jahrbücher Bd. 18, S. 44.
42) H. A. Fischer, a.a.O., S. 262 ff.
43) Degenkolb, a.a.O., S. 24.
44) Degenkolb, a.a.O., S. 24.

zung durch Geldentschädigung gutgemacht werden kann, und unser heutiges Rechtsbewußtsein ist in hohem Maße von dieser Anschauung beeinflußt. Auch die Römer standen auf diesem Standpunkt. Während für Verunstaltungen von Sklaven voller Geldersatz geleistet wurde, war der freie Mann und seine Körperintegrität über Geldschätzung erhaben[45]). Trotzdem ließen die Römer bei immateriellen Schäden die Leistung einer Geldsumme an den Geschädigten zu, nur handelt es sich nicht um einen eigentlichen „Ersatz" — magis vindictae, quam pecuniae habent rationem —[46]), sondern dem Verletzten soll eine Satisfaktion für das verletzte Persönlichkeitsgefühl gewährt werden. Die Aequivalenzfunktion des Geldes tritt hier gegenüber der Satisfaktionsfunktion und Aequivalenzfunktion in den Hintergrund. Im Rahmen dieser Arbeit würde es zu weit führen, die verschiedenen Funktionen des Geldes aufzuzählen. Nur kurz sei erwähnt, daß man in dem hier interessierenden Sinne eine dreifache Funktion des Geldes unterscheiden kann, nämlich die Straffunktion, Satisfaktionsfunktion und Aequivalenzfunktion. Die Geldleistung als Satisfaktion hält die Mitte zwischen Strafe und Schadensersatz. Mit dem Schadensersatz hat sie den Zweck, eine Leistung zugunsten des Geschädigten zu erbringen, gemeinsam mit der Strafe hat sie den Inhalt, ein Uebel für den Schädiger zu sein. Degenkolb[47]) will die Satisfaktionsleistung vom Interesseersatz absondern. Vom Standpunkte des heutigen Schadensregresses dagegen ist die Satisfaktionsleistung unter den Interesseersatz zu subsumieren. Eine Leistung für Nichtvermögensschaden entbehrt heute jeglichen pönalen Elementes, so kann sie z. B. auch von Dritten an Stelle des Schädigers erbracht werden.

2. Der Interesseersatz als Ersatz des positiven Interesses.

Der Gesichtspunkt des geschädigten Interesses ermöglicht der modernen Wissenschaft, auf der Grundlage des römischen Rechtes zwei Arten des Schadensersatzes zu unterscheiden, den Ersatz des positiven Interesses und den Ersatz des negativen Interesses.

Das positive Interesse geht von der Position des gültigen Vertrages aus, seine Figur liegt der in §§ 249 ff. BGB. getroffenen allgemeinen Regelung des Schadensersatzrechtes zugrunde[48]).

Die in § 249 BGB. statuierte Ersatzverbindlichkeit geht, wie bereits weiter oben angedeutet, nicht auf ein „dare", also auf jene Geldleistung, sondern primär auf ein „facere", und dieses

45) l 3 D Si quadrupes ... 9,1 ... cum liberum corpus aestimationem non recipiat.
46) l 2 § 4 D de coll. bon. 37. 6.
47) a.a.O., S. 22 ff.
48) Manigk, Interesse, S. 300.

facere besteht nicht in einer Beseitigungspflicht, sondern positiv in der Verpflichtung zum Schaffen eines zur Zeit nicht existierenden, dem Schuldverhältnis entsprechenden Zustandes[49]). Der Sinn dieser Norm, grundsätzlich eine exakte Erfüllung der Verbindlichkeit zu fordern, den Schuldner „ad ipsam rem" zu verurteilen[50]), ist die Anerkennung der Rechtspflicht eines möglichst vollkommenen Ausgleiches einer jeden als Schaden zu bezeichnenden Minderung der Lebensstellung eines Rechtssubjektes[51]). Diesem Zwange zur grundsätzlich exakten Erfüllung der Verbindlichkeit sind aber durch die Natur der Sache gewisse Schranken gezogen[52]). Eine unmöglich gewordene Leistung kann überhaupt nicht erzwungen werden, und die Herstellung einer Sache kann mit so unverhältnismäßigen, in augenfälligem Mißverhältnis zur Höhe des verursachten Schadens stehenden Aufwendungen verbunden sein, daß das Verlangen des Gläubigers, Naturalherstellung zu leisten, eine „an Schikane streifende Belastung des Ersatzpflichtigen"[53]) darstellen würde. Daher verordnet § 251 BGB. Ausnahmen vom Grundsatz der Naturalreparation.

Mit der Bestimmung des § 249 BGB., grundsätzlich exakte Erfüllung der Verbindlichkeit zu fordern, haben sich die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf einen dem klassischen römischen Recht und dem code civil entgegengesetzten Standpunkt gestellt. Nach art 1142 des code civil[54]) löst sich eine auf eine facere gerichtete Verbindlichkeit im Falle der Nichterfüllung in einen Anspruch auf Geldentschädigung auf[55]). Damit hat es der Schuldner in der Hand, nach seinem Willen dem Gläubiger statt der Erfüllung einen Ersatz aufzudrängen. Dieses offenbar unbillige Ergebnis hat das BGB. dadurch glücklich vermieden, daß es in vernünftiger Weise den Weg zu einem Geldersatz abgeschnitten hat, solange die Naturalerfüllung noch möglich ist und dem Gläubiger Befriedigung bringen kann.

49) H. A. Fischer, a.a.O., S. 165.
50) Himmelschein, a.a.O., S. 256.
51) Staudinger, a.a.O., S. 114.
52) Himmelschein, a.a.O., S. 256.
53) Staudinger, a.a.O., S. 116.
54) Pothier führt in seinem Traité des obligatons Chap. II. Nr. 157, 158 (S. 105) aus: lorsque quelqu'un s'est obligé à faire quelque chose, cette obligation ne donne pas au créancier le droit, de contraindre le débiteur précisément à faire ce qu'il s'est obligé de faire, mais seulement celui de le faire condamner en ses dommages et intérêts, faute d'avoir satisfait à son obligation. — C'est en cette obligation de dommages et intérêts, que se résolvent toutes les obligations de faire quelque chose; car nemo potest praecise cogi ad factum. Diese Formulierung wurde fast wörtlich in den code civil art 1142 übernommen: toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d' inexécution de la part du debiteur. S. a. Himmelschein, S. 257.
55) Himmelschein, a.a.O., S. 274.
56) Himmelschein, a.a.O., S. 275.

Im Gegensatz zum gemeinen Recht und zum A.L.R. läßt das BGB. den Schuldner grundsätzlich für jedes Verschulden haften, es unterstellt das gesamte Gebiet der Obligation des „bona fides" und kennt keine Begrenzung des zu ersetzenden Schadens[57]). So verpflichtet gemäß § 252 Satz 1 BGB. die schuldhafte Verletzung einer bestehenden Vertragspflicht zum Ersatze auch des entgangenen Gewinnes. Diese Vorschrift beruht auf dem Gedanken der relativen, subjektiven Schadensbemessung und ist als solche ein Ausfluß des § 249 Satz 1 BGB. Denn nur, wenn auch der entgangene Gewinn ersetzt wird, wird eben derjenige Zustand hergestellt, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre[58]).

Die Feststellung, ob ein Gewinn entgangen und damit Schadensersatz zu leisten ist, stößt auf erhebliche Schwierigkeiten. Während man bei der Feststellung des „wirklichen Schadens", der tatsächlich erlittenen Vermögenseinbuße (damnum emergens) auf in der Vergangenheit ruhende Tatsachen zurückgreifen kann, wird man bei dem zu ermittelnden entgangenen Gewinn (lucrum cessans) auf eine schwankende Grundlage gestellt, wie sie das Operieren mit gedachten Größen stets mit sich bringt[59]).

Zunächst darf nur immer ein solcher Gewinn in Ansatz gebracht werden, der ex honesta causa gemacht werden konnte[60]). Ein Gewinn, durch dessen Erwerb der Geschädigte gegen die guten Sitten oder gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen haben würde, wird nicht in Berücksichtigung gezogen[61]).

Diese Auffassung entspricht auch den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts über die Unwirksamkeit von Handlungen, die contra bonos mores verstoßen[62]).

Sodann ist es die Aufgabe der Rechtsordnung, einen gerechten Ausgleich zwischen den Interessen des Ersatzberechtigten und denen des Schädigers zu schaffen. Auf der einen Seite darf sie von dem Ersatzberechtigten keinen mathematisch genauen Beweis verlangen, daß der Gewinn insofern sicher gemacht worden wäre, als keine andere, den zukünftigen Vermögenserwerb ebenfalls hindernde Bedingung eingetreten sei, auf der anderen Seite muß sie mit Rücksicht auf den Schädiger bloße „Gewinnträume" von vornherein von der Schadensberechnung ausschließen. Die Erfahrung hat gelehrt, daß gerade da, wo es sich um Ansprüche aus entgangenem Gewinn handelt, die Ersatzberechtigten oft bis ins Ungemessene gesteigerte Ersatzan-

57) Himmelschein, a.a.O., S. 269.
58) Staudinger, a.a.O. zu § 252 Satz 1, S. 146.
59) H. A. Fischer, a.a.O., S. 51.
60) Mommsen, a.a.O., S. 188.
61) RG. in Seuff.Arch. Bd. 46, 179. RG. 90, S. 64, 100, S. 112.
62) l 33 D de rei vind (6,1).

sprüche stellen[63]). Auch die Römer haben übertriebene Ansprüche betreffs des entgangenen Gewinnes nicht berücksichtigt[64]).

Um die Feststellung des entgangenen Gewinnes nach Möglichkeit zu erleichtern, gibt § 252 Satz 2 BGB. eine gesetzliche Begriffsbestimmung desselben. Danach gilt als entgangener Gewinn derjenige, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Eine ganz entfernte Möglichkeit eines zukünftigen Gewinnes kann also nicht als „entgangener Gewinn" angesehen werden[65]). Andererseits aber ist es für den Begriff des entgangenen Gewinnes nicht erforderlich, daß der Gewinn ohne das Dazwischentreten des schädigenden Ereignisses mit absoluter Sicherheit gemacht worden wäre. —

Die Bestimmung des § 252 Satz 2 BGB. ist einer doppelten Auslegung fähig. Nach der einen Auslegung enthält diese Vorschrift eine materielle Beschränkung des Anspruches auf entgangenen Gewinn. Für die Ersatzpflicht soll hiernach nicht ein Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen genügen, unter denen ein Schaden als durch den zum Ersatz verpflichtenden Umstand entstanden anzusehen sei, sondern es müsse außerdem gefordert werden, daß der Gewinn unter Berücksichtigung der im Satz 2 hervorgehobenen Umstände mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte[66]). Diese Erwartung brauche zwar nicht gerade der zum Ersatze Verpflichtete selbst gehabt zu haben, aber sie müsse objektiv schon beim Eintritt des zum Ersatz verpflichtenden Umstandes vorhanden gewesen sein.

Das Imperfektum „erwarten konnte" scheint allerdings betonen zu wollen, daß die Erwartung schon in der Vergangenheit gelegen haben müsse, und so liegt es nahe, anzunehmen, daß lediglich derjenige Gewinn zu ersetzen sei, der schon zur Zeit der Schädigung zu erwarten war[67]). Außerdem war in der 2. Kommission[68]) folgende Fassung des § 218 Abs. 2 BGB. — die dem jetzigen § 252 Satz 2 BGB. entsprechende Vorschrift — beantragt: ... Als entgangen ist nur derjenige Gewinn anzusehen, der .... Die Kommission beschloß, den § 218 BGB. seinem sachlichen Inhalte nach anzunehmen und überwies die Anträge, da sie nunmehr lediglich die Fassung beträfen, der Redaktionskommission[69]). Hier hat der § 252 BGB. seine jetzige Form er-

63) H. A. Fischer, a.a.O., S. 53.
64) l 2, § 5 D de adm. rer (50, 8).
65) S. auch
66) Planck, § 252 Satz 2, S.97.
67) F. Leonhard, Allgem. Teil, § 59, S. 141.
68) Prot. II, Abs. 1, S. 291 ff.
69) Prot. II, Abs. 1, S. 292.

halten, ohne daß ein sachliche Aenderung eingetreten ist, die ja auch zur Sprache hätte gebracht werden müssen[70]). Auf Grund dieser Tatsache ist die Annahme berechtigt, daß die 2. Kommission den Standpunkt der materiellrechtlichen Auffassung einnahm, und in der ersten Zeit nach dem Erlaß des Gesetzes wurde diese Deutung auch überwiegend vertreten[71]). Aber mit Recht hat sich Wissenschaft[72]) und Praxis[73]) in immer steigendem Maße gegen diese Auffassung gewandt und in der Vorschrift des § 252 BGB. lediglich eine Beweiserleichterung erblickt. Mit Recht ist darauf hingewiesen worden, daß eine Bestimmung der Wahrscheinlichkeit und Voraussehbarkeit lediglich nach dem Zeitpunkt der Schadenszufügung außerordentlich unpraktisch ist. Die Folgen von Tatsachen können nie gleichzeitig mit den Tatsachen selbst eintreten, und sehr oft läßt sich die Tragweite einer Handlung nach ihrem vollen Umfange erst im Laufe der Zeit überblicken. Außerdem erwähnt das Gesetz mit keinem Wort einen Zeitpunkt, der für die Schätzung der Höhe des Schadens maßgeblich sein soll. Beim Schweigen des Gesetzes sind wir aber ohne innere Gründe nicht berechtigt, eine so wesentlich vom bisherigen Recht abweichende Bestimmung anzunehmen. Außerdem sprechen schwere sachliche Bedenken gegen die ältere Auffassung. Nicht nur der vorhersehbare, sondern auch ein anderer Schaden ist zu ersetzen Wer die rechtsverletzende Wirkung seines Tuns kennt muß auch wenn er dessen weitere Folgen nicht übersieht, dafür einstehen. Eine Voraussehbarkeit der Folgen darf nicht gefordert werden. Vielmehr hat der Schuldner für alle Folgen zu haften, die aus der Vertragsverletzung entspringen. Nur dann entfällt die Haftung, wenn der Schaden gegen den natürlichen Verlauf der Dinge infolge Hinzutretens eines Ereignisses eingetreten ist, das mit der Vertragsverletzung nichts zu tun hat, indem es seiner Art nach ebenso gut auch ohne die Vertragsverletzung den Schaden hätte herbeiführen können[74]).

Aus diesen Gründen wird der Auffassung der Vorzug zu geben sein, daß die Vorschrift des § 252 Satz 2 BGB. nicht eine Beschränkung des Schadensersatzanspruchs darstellt, londern lediglich eine Beweiserleichterung und damit eine Ergänzung des § 287 ZPO. Nicht Voraussehbarkeit des Gewinnes ist zu fordern, sondern ein Wahrscheinlichmachen desselben, und der anzulegende Maßstab hat ein objektiver zu sein, betrachtet vom Standpunkte der abgeschlossenen Entwicklung[75]).

---

70) Planck, a.a.O., S. 97.
71) Planck, 1. u. 2. Aufl., S. 27 ff.; Titze, Unmöglichkeit, S. 132 Note 17.
72) Enneccerus, § 12; Oertmann zu § 252; F. Leonhard, § 59, S. 141 u. a. m.
73) RG. Jur. Woch. 1907, S. 828.
74) RG. 81. 361 (362), F. Leonhard, a.a.O., § 77, S. 172.
75) H. A. Fischer, a.a.O., S. 72.

3. Der Interesseersatz als Ersatz des negativen Interesses.

Im vorigen Abschnitt wurde ausgeführt, daß die Figur des positiven Interesses von der Position des gültigen Vertrags ausgeht. Im folgenden wird sich mit der Frage zu beschäftigen sein, in welcher Weise die Rechtsordnung den Schaden beseitigt, den jemand dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit eines in Wirklichkeit nichtigen Geschäftes vertraut. Diese Frage, die einen im Leben oft wiederkehrenden Fall behandelt, ist nach ihren drei Richtungen, dem Eintritt, dem Umfang und der juristischen Fundierung der Verpflichtung erst in neuerer Zeit Gegenstand lebhafter wissenschaftlicher Auseinandersetzungen geworden. Der eigentliche Meinungsaustausch setzte erst mit dem Erscheinen der bekannten Jheringschen Abhandlung über die culpa in contrahendo ein. Die diese Frage vor Jhering behandelnden Abhandlungen können nur als mehr oder weniger unvollkommene Versuche angesprochen werden, die dazu dienen sollten, einzelne, den betreffenden Autor besonders interessierende Zweifelspunkte zu lösen[76]).

In seiner eben zitierten Schrift fordert Jhering die Statuierung einer Schadensersatzpflicht in den Fällen der Nichtigkeit einer Erklärung. „Bei dem Vortrage der Lehre vom wesentlichen Irrtum in meinen Vorlesungen machte mir schon seit Jahren ein Punkt große Schwierigkeiten, auf den ich eine befriedigende Antwort zu erteilen nicht imstande war, nämlich die Frage, ob nicht der irrende Teil dem Gegner auf Ersatz des durch seine Schuld ihm verursachten Schadens hafte. Es will jemand 100 Pfund von einer Ware bestellen, verwechselt aber das Pfund- mit dem Zentnerzeichen; die 100 Zentner kommen an und werden zurückgewiesen. Daß der Vertrag nichtig ist, vorausgesetzt, daß das Versehen bewiesen werden kann, ist unzweifelhaft. Allein wer trägt die nutzlos aufgewandten Verpackungs- und Versendungskosten? Haftet der culpose Teil dem Gegner nicht zum Ersatz der durch seine culpa ihm verursachten Auslagen? Da der Kontrakt nicht zustande gekommen ist, so kann von einer Anwendbarkeit der Grundsätze über kontraktliche culpa nicht die Rede sein und unter die der außerkontraktlichen, der act. leg. Aquiliae, läßt sich der Fall ebensowenig bringen"[77]). Die Unbilligkeit und praktische Trostlosigkeit eines solchen Resultates will Jhering dadurch beheben, daß er das Gebot der kontraktlichen diligentia nicht nur für gewordene, sondern auch für werdende Schuldverhältnisse gelten läßt. Eine Verletzung desselben begründe daher hier wie dort die Kontraktsklage auf Schadensersatz[78]).

Zur Begründung der Geltung seiner Theorie der culpa in contrahendo im römischen Recht zieht Jhering im wesentlichen

76) Brock, a.a.O., S. 39.
77) Jhering, c. i. c. oder Schadensersatz ..., S. 2 ff.
78) Jhering, c. i. c., S. 52 ff.

drei Stellen heran: l 62 § 1 de contr. empt. (18,1), l 8 § 1 de relig. (11, 7) und schließlich l 8 D. de hered. vend. (18, 4), die den Verkauf einer verkehrsunfähigen Sache bzw. den Verkauf einer nicht existierenden Erbschaft behandeln.

Als Voraussetzung der Schadensersatzpflicht sieht Jhering hier das Interesse des Käufers an, das sich in doppelter Weise deuten lasse[79]): „einmal als Interesse an der Aufrechterhaltung des Kontraktes, also an der Erfüllung — hier würde der Käufer in einem Geldäquivalent alles erhalten, was er im Falle der Gültigkeit des Kontraktes haben würde — und sodann als ein Interesse am Nichtabschluß des Vertrags — hier würde er erhalten, was er haben würde, wenn die äußere Tatsache des Kontraktsschlusses gar nicht vorgekommen wäre. Die beiden verschiedenen Arten des Interesses bezeichnet Jhering als positives und negatives Vertragsinteresse."

Wenn nun das römische Recht in diesen Fällen den Verkäufer zur Leistung des Schadensersatzes verpflichte, so setzt es einerseits ein Interesse des Käufers voraus, andererseits macht es dem Verkäufer damit zum Vorwurf: „Du hättest den Vertrag gar nicht abschließen sollen, denn du hättest das Hindernis kennen müssen, und durch deine Unkenntnis ist der Gegner zu Schaden gekommen[80])." Aber auch dann, wenn nach den Umständen dem Verkäufer trotz besten Willens dieses Hindernis verborgen bleiben mußte, sei eine Haftung des Verkäufers nach Maßgabe dieser Quellenäußerungen unzweifelhaft.

Es kann Jhering der Vorwurf nicht erspart bleiben, diese ganz vereinzelten Quellenstellen seiner eigenen Auffassung gemäß verallgemeinert zu haben. Von dem Gedanken ausgehend, daß die Gewährung einer Schadensersatzpflicht bei nicht zustande gekommenen Verträgen, abgesehen von dem Vorliegen eines Interesses, nur dann möglich sei, wenn ein culposes Verhalten eines Kontrahenten vorliegt, hat er den Schuldbegriff eine starke Verbiegung erfahren lassen, indem er z. B. verlangte, daß derjenige, der sich zwecks Uebermittelung einer Willenserklärung eines Telegraphen bedient, dem anderen den Schaden ersetzen müsse, den dieser dadurch erleidet, daß er eine falsche Uebermittelung erhalten hat[81]), da bereits in der Wahl eines derartigen Mitteilungsmittels eine Schuld liege.

Mit Recht bemerkt Brock[82]), daß Jhering einen Rechtssatz zuerst aufgestellt und erst dann die römischen Quellen auf die Brauchbarkeit seiner Theorie durchsucht hat in dem Bestreben, die in Frage stehende Ersatzpflicht als positiv rechtlich zu erweisen. Dieser Versuch stellt sich aber nicht als eine Deduk-

79) Jhering, a.a.O., S. 16.
80) Jhering, a.a.O., S. 80.
81) Jhering, a.a.O., S. 80.
82) Brock, a.a.O., S. 53.

tion aus den Quellen dar, sondern ihm geht in Wahrheit eine Induktion voraus. Eine Induktion aber, für die man bereits das „erst aus der Deduktion des induktiv Bewiesenen zu gewinnende Ergebnis benutzt, ist fehlerhaft[83])."

Ein allgemeines Haftungsprinzip für das negative Interesse hat das römische Recht nicht gekannt. Die wenigen in Betracht kommenden und von Jhering herangezogenen Quellenstellen lassen es nicht zu, über Vermutungen hinweg zu einem sicheren und unanzweifelbaren Sinn ihres Inhaltes zu kommen. Wenn Jhering mit seinem untrüglichen Rechtsgefühl erkannt hat, daß auf dem Gebiete des Vertragsabschlusses unter neuen Verhältnissen neue rechtliche Formen erforderlich sind, so ist es doch verfehlt, aus römischen Rechtsgrundsätzen das Grundprinzip für die Regelung unserer modernen Verhältnisse ableiten zu wollen. Das römische Recht ging bei der Regelung dieser Materie sichtbar vom Standpunkte eines regelmäßigen Vertragsabschlusses unter Anwesenden aus, während die moderne Zeit mit ihren neuen Verkehrsmitteln und ihrem durchgebildeten Nachrichtenwesen Vertragsverhandlungen und -abschlüsse unter Abwesenden sehr begünstigt.

Die Lehre Jherings hat aber insofern in der heutigen Zeit ihre Geltung erhalten, als das Bürgerliche Gesetzbuch durch positive Vorschriften die Haftung auf das negative Interesse anerkennt.

Im folgenden werden die Anwendungsfälle der Haftung für das negative Vertragsinteresse und die rechtliche Natur dieser Haftung besprochen werden.

a) Die Anwendungsfälle der Haftung für das negative Vertragsinteresse.

Bei der Redaktion des Bürgerlichen Gesetzbuches nahm man in den einschlägigen Punkten zu der Jheringschen Theorie von der culpa in contrahendo Stellung, und zwar, wie sich aus den Motiven[84]) und Protokollen[85]) ergibt, indem man sie teils im Sinne dieser Theorie, teils abweichend normierte. Gegenüber der großen Zahl gültiger Rechtsgeschäfte, deren Abschluß durch Vertragsfreiheit und Einschränkung des Formzwanges vom BGB. sehr erleichtert worden ist, tritt die Zahl der ungültigen als der anormalen Geschäfte sehr zurück.

So sind auch die Fälle, in denen auf Ersatz des negativen Interesses gehaftet wird, bedeutend geringer. Dieser Tatsache Rechnung tragend, hat das BGB. die Fälle, in denen diese Haftung eintritt, positiv zusammengestellt, und es empfiehlt sich, dem Beispiel des Gesetzes folgend in vorliegender Abhandlung die einzelnen Paragraphen, die diesbezügliche Vorschriften ent-

83) Brock, a.a.O., S. 49.
84) Motive I, S. 194 ff., II, S. 178 ff.
85) Protokolle I, S. 98 ff., 450 ff.

halten, einzeln durchzugehen. An dieser Stelle sei bemerkt, daß neuerdings neben dem Ausdruck „negatives Interesse" auch der Ausdruck „Vertrauensinteresse", „Vertrauensschaden" aufgekommen ist.

aa) § 122 BGB.

Dieser Paragraph findet auf mehrere Tatbestände Anwendung. Nach den Vorschriften der §§ 118, 122 BGB. macht sich derjenige schadensersatzpflichtig, der eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung in der Erwartung abgibt, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden. Von der gleichfalls nicht ernstlich gemeinten Willenserklärung des § 116 BGB. unterscheidet sich § 118 BGB. dadurch, daß hier keine Täuschungsabsicht vorliegen darf, sondern der Erklärende bei der Gegenpartei voraussetzt, der Mangel der Ernstlichkeit werde von ihr erkannt. Von der simulierten Willenserklärung des § 117 BGB. unterscheidet sich § 118 BGB. dadurch, daß hier kein Einverständnis zwischen den Parteien darüber vorzuliegen braucht, daß die Willenserklärung keine ernstliche ist, vielmehr in dieser Richtung nur die einseitige Erwartung des Erklärenden erforderlich ist. Diese Erwartung ist als rein innere, subjektive Tatsache zu werten, unabhängig davon, ob der Erklärende die Erwartung hegen durfte, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden. Die Ansicht, daß diese Erwartung objektiv erkennbar gewesen sein müsse, ist unhaltbar [86]). Sie verwechselt zum mindesten die Beweisfrage mit den materiellen Voraussetzungen.

Sind die Voraussetzungen des § 118 BGB. erfüllt, so tritt nach Maßgabe des § 122 BGB. Ersatz des negativen Interesses ein, und zwar nimmt das BGB. auf das Verschulden keine Rücksicht. Es kommt nach § 122 BGB. lediglich darauf an, ob der Empfänger die Nichternstlichkeit der Willenserklärung fahrlässig nicht kannte [88]).

Das Hauptanwendungsgebiet bezüglich der Frage der Schadensersatzpflicht bei unwirksamen Verträgen bildet die Lehre vom Irrtum. Diese Lehre ist als eine der schwierigsten Rechtsmaterien zu bezeichnen, denn neben rein juristischen treten hier auch psychologische Erwägungen zu ausschlaggebender Bedeutung hervor. Einerseits ist der Wille des Erklärenden zu schützen, andererseits aber auch der Wille des Erklärungsempfängers, da dieser durch einen Zweiten veranlaßt wird, in mehr oder weniger weitgehendem Maße seine Verhältnisse der durch die Erklärung des Gegners geschaffenen Sachlage anzupassen. Je verwickelter sich die Lebensverhältnisse gestalten, um so mehr wächst die Gefahr, mit einer rechtsgeschäftlichen Erklärung nicht das wirklich Gewollte zu erreichen. Hier heißt es

86) Manigk, Irrtum, S. 90, Anm. 2.
88) Brock, a.a.O., S. 100; Staudinger zu § 122, Anm. 1, 2.

nun, zu der Frage Stellung zu nehmen: Ist mit dem Hervortreten der modernen kapitalistischen Wirtschaftsauffassung und einer ihr entsprechenden, mit internationalen Verkehrsfaktoren parallel laufenden Kulturmechanisierung zu fordern, daß man sich auf den äußeren Tatbestand des Willens, die Erklärung, verlassen dürfe und daß Einwendungen aus dem Gesichtspunkte des mangelnden Willens nicht entgegengesetzt werden können[89]), oder ist zu fordern, daß das Rechtsgeschäft zu seiner Gültigkeit außer der Willenserklärung auch einen dieser Erklärung entsprechenden, inneren Willen enthalten muß? Diese Frage, die nicht eine Frage der Logik, sondern der Geschichte ist, ist zu verschiedenen Zeiten verschieden beantwortet worden[90]). Hier des näheren auf sie einzugehen, würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen. Nur soviel sei hier gesagt: Während das am sinnlich Wahrnehmbaren haftende ältere römische Recht und desgleichen das ältere deutsche Recht die Erklärung grundsätzlich für genügend hielten, hat das klassische und neuere römische Recht dem wahren Willen, der die Rechtsverhältnisse zu gestalten strebt, eine größere Bedeutung für die Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes beigemessen. Auch das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich für die — allerdings durch Berücksichtigung der Verkehrssitte — eingeschränkte Willenstheorie ausgesprochen[91]), von dem Gedanken ausgehend, daß die Rechtsgeschäfte den Menschen in erster Linie dazu gegeben sind, um mittels ihrer ihre Verhältnisse und Bedürfnisse ihrem eigenen, inneren Willen gemäß, zu ordnen.

Im § 119 BGB. gewährt das Gesetz demjenigen das Recht der Anfechtung, der bei Abgabe der Willenserklärung über ihren Inhalt im Irrtum war, oder eine Erklärung dieses Inhaltes überhaupt nicht abgeben wollte. Irrtum über den Inhalt der Erklärung liegt vor, wenn sie vom Standpunkte des Empfängers aus etwas anderes erklärt, als sie nach dem Willen des Erklärenden erklären sollte, desgleichen dann, wenn der Erklärende nicht weiß, was seine Erklärung inhaltlich bedeutet[92]), z. B. wenn der Bürge bei der Bürgschaftsleistung irrtümlich annimmt, daß dem Gläubiger vom Hauptschuldner ein Forderungspfandrecht gültig bestellt worden sei, so daß er sich für eine pfandrechtlich gesicherte Forderung verbürgt habe. Ein Irrtum im Erklärungsakte dagegen liegt dann vor, wenn es sich um ein Versehen bei der Ausführung des Willensentschlusses handelt. Hierher gehören die Fälle des Sichverschreibens, Sichversprechens usw. Gemäß § 119 Abs. 2 BGB., der eine Er-

89) Manigk, Irrtum, S. 35.
90) Enneccerus, a.a.O., I. Teil, S. 509.
91) Enneccerus, a.a.O., I. Teil, S. 509; Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, § 21, S. 162 ff., insbes. S. 170.
92) Warneyer, I, S. 183.

weiterung, keine Erläuterung des in § 119 Abs. 1 BGB. ausgesprochenen Grundsatzes enthält, berechtigt zur Anfechtung auch ein Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person oder der Sache.

Entgegen einer in der gemeinrechtlichen Literatur mehrfach vertretenen Auffassung kommt es auf Entschuldbarkeit oder Nichtentschuldbarkeit des Irrtums nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht an. Entscheidend ist vielmehr lediglich die Tatsache des Irrtums und seine Kausalität für die angefochtene Willenserklärung[93]), und der Erklärende hat für das, was innerhalb seiner Sphäre dem Bestande der von ihm abgegebenen Erklärung entgegensteht, einzustehen.

Wenn beide Teile trotz vorhandener Willensübereinstimmung lediglich infolge eines beiderseitigen Versehens eine andere Sache oder ein anderes Geschäft bezeichnet hatten, als sie im Auge hatten, kann § 119 BGB. nicht zur Anwendung gebracht werden, denn hier bleibt entscheidend, daß in dem wirklich Gewollten Willensübereinstimmung geherrscht hat[94]). Ebenso besteht keine Anfechtungsmöglichkeit, wenn der Erklärungsempfänger die irrtümlich abgegebene Erklärung trotzdem richtig verstanden hat. Hier hat die Erklärung zu gelten, wie sie gemeint war und auch verstanden wurde[95]).

Nach § 120 BGB. kann ferner eine Willenserklärung, die durch eine zur Uebermittelung verwendete Person oder Anstalt unrichtig übermittelt worden ist, angefochten werden.

Die zur Uebermittelung verwendete Person wird als Bote bezeichnet. Da die Uebermittelung auch mündlich erfolgen kann, bietet bisweilen die Abgrenzung zwischen Bote und Stellvertreter Schwierigkeiten. Wie Bähr[96]) ausführt, wird man unter einem Boten denjenigen zu verstehen haben, der ein Geschäft in einer Weise zustande bringt, die ihn dem Dritten gegenüber nicht als bewußten Träger des Geschäfts erscheinen läßt[97]).

Im gemeinen Recht ging die herrschende Meinung dahin, daß, wenn ein Bote den Willen des Erklärenden unrichtig wiedergab, überhaupt kein Vertrag zustande gekommen sei, doch mußte der Urheber der Erklärung dem andern Teil auf Ersatz des Schadens haften, der demselben dadurch erwachsen war, daß er mit dem Zustandekommen des Vertrags gerechnet hat[98]).

Das Bürgerliche Gesetzbuch dagegen hat den Fall der unrichtigen Uebermittelung den übrigen Irrtumsfällen gleichgestellt. Diese Gleichstellung ist rechtspolitisch gerechtfertigt.

93) RG. 62, 201 ff. (205).
94) RG. 61, 265. Vgl. auch Jher. Jahrb. 75, S. 206 ff.
95) RG. 66, 427.
96) Bähr, Jahrb. für Dogm. VI, S. 295.
97) Brock, S. 109.
98) Windscheid, II. Band, § 309, S. 248.

Der Mittler im Verkehr ist lediglich das Werkzeug des Erklärenden. Er hat sich dieser Mittelsperson bedient und hat für deren unrichtiges Handeln einzustehen; auch hier muß die in seiner Einflußsphäre liegende Gefahr i h n treffen[99]).

Durch die Abgabe einer nicht ernstlich gemeinten Willenserklärung im Sinne des § 118 BGB., zufolge deren ein Vertrag eines seiner wesentlichen Bestandteile beraubt und daher nicht zustande gekommen ist, und durch die Anfechtung gemäß §§ 119, 120 BGB., mit der die Unwirksamkeit eines Vertrags von Anfang an herbeigeführt wird, entsteht für den Gegner ein Anspruch auf Ersatz des Schadens, den dieser dadurch erlitten hat, daß er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut hat. Dieser Schadensersatzanspruch unterscheidet sich von dem auf Vertrag beruhenden Anspruch dadurch, daß er o h n e Verschulden entsteht, während in gleichen Fällen nach früherem Recht ein Verschulden vorliegen mußte. Allein die Tatsache, daß die Willenserklärung wegen Nichternstlichkeit oder durch die Anfechtung gemäß § 142 BGB. nichtig geworden ist, ist genügend, um einen Schadensersatzanspruch zu begründen. Dieser Anspruch ist treffend als Abfindung bezeichnet worden, gegen deren Leistung der Erklärende dem Erklärungsempfänger gegenüber die Durchführung seines Interesses an der Vernichtung der Willenserklärung durchsetzen kann[100]).

Der Umfang der Schadensersatzpflicht ist nach zwei Seiten hin begrenzt. Einmal darf dem Beschädigten nicht mehr ersetzt werden, als derjenige Nachteil, der ohne die Abgabe der Willenserklärung nicht eingetreten wäre, sodann nicht mehr als das Interesse, das der Berechtigte an der Gültigkeit der Erklärung hatte. Ist der entstandene Schaden höher als das positive Interesse, so umfaßt das negative Interesse diesen übersteigenden Betrag des Schadens nicht[101]).

bb) § 179 BGB.

Nach § 179 Abs. 1 BGB. ist derjenige, der als Vertreter einen Vertrag geschlossen hat, sofern er nicht seine Vertretungsmacht nachweist, dem anderen Teile nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadensersatz verpflichtet, wenn der Vertretene die Genehmigung des Vertrags verweigert. Dieser Grundsatz des § 179 Satz 1 BGB. erleidet aber nach zwei Richtungen hin eine Abweichung[102]).

Eine Haftung des Vertreters besteht nämlich gemäß § 179 Abs. 3 BGB. überhaupt nicht, wenn der Vertragsgegner den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder erkennen mußte (§§ 122, 276 Satz 1 BGB.), und die Haftung geht gemäß § 179

99) Staudinger, a.a.O., S. 120.
100) Locher, a.a.O., S. 29.
101) v. Tuhr, a.a.O., II 1, S. 598.
102) RGRKomm., §179, 2, S. 301.

Abs. 2 BGB. lediglich auf das negative Interesse, falls dem Vertreter jener Mangel unbekannt war.

Mit diesen Bestimmungen ist das Gesetz bei der Haftungsregelung wegen fehlender Vollmacht von verschiedenen Gesichtspunkten ausgegangen. Kennt der Vertreter das Fehlen seiner Vertretungsmacht, so muß er dem Vertragsgegner, wenn er trotzdem einen Vertrag für einen Dritten abgeschlossen hat, Schadensersatz in Höhe des Erfüllungsinteresses leisten oder den Vertrag selbst erfüllen, wenn derselbe durch die verweigerte Genehmigung seitens des Vertretenen nicht zustande kommt[103]).

Die Motive führen zur Begründung dieser Norm aus, daß zwar manches dafür spreche, die Haftung des bewußt ohne Vertretungsmacht handelnden Vertreters auf das negative Vertragsinteresse zu beschränken, daß jedoch dem Verkehrsinteresse nur dann genügend Rechnung getragen werde, wenn „Jeder, der als Vertreter auftritt, voll dafür einzustehen habe, daß die Vertretungsmacht vorhanden sei oder doch die Genehmigung des Vertretenen nachträglich hinzutrete"[104]). In den Beratungen der Kommission für die zweite Lesung[105]) wurde dann des weiteren ausgeführt, daß die Haftung auf das Erfüllungsinteresse mit der Annahme eines stillschweigenden Garantieversprechens begründet werden könne, indem der Vertreter, der in dem Bewußtsein gehandelt hat, keine Vertretungsmacht zu besitzen, dem Dritten bei Nichtgenehmigung des Vertrags durch den Vertretenen garantiert, nach Wahl den Vertrag zu erfüllen oder Schadensersatz zu leisten.

Kennt dagegen der Vertreter das Fehlen seiner Vertretungsmacht nicht, hat er sich also über das Vorhandensein der Vertretungsmacht im Irrtum befunden, ist er lediglich zu dem Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet, den der andere Teil dadurch erleidet, daß er auf die Vertretungsmacht vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Wirksamkeit des Vertrages hat. Diese Beschränkung der Ersatzpflicht auf das negative Interesse, die unabhängig von einem Verschulden des Vertreters geregelt ist[106]), ist rechtspolitisch durchaus zu rechtfertigen.

Es ist mit dem Begriffe des „unwirksamen" Vertrages unvereinbar, den einen Kontrahenten auf das Erfüllungsinteresse haften zu lassen[107]), denn das ist gerade die Wirkung, die nur ein gültiger Vertrag hervorbringen soll; und des weiteren ist zu berücksichtigen, daß den bei ordnungsmäßiger Durchführung

103) Sonntag, Schadensersatzpflicht wegen Nichtzustandekommens eines Vertrages, S. 11.
104) Motive I, S. 243 ff.
105) Prot. I, S. 156—164.
106) RG. in Warn. Jahrb. 1909 Nr. 345.
107) Brock, a.a.O., S. 85.

des Vertrags bestehenden Zustand nur derjenige herzustellen hat, der ihn im vollen Bewußtsein der Tragweite seiner Handlung auf sich genommen hat. Dieses Bewußtsein aber ist im Falle des § 179 Abs. 2 BGB. nicht vorhanden.

Andererseits aber darf der Vertragsgegner nicht gänzlich schutzlos bleiben, denn auch bei schuldloser Nichtkenntnis der fehlenden Vertretereigenschaft würde es für den Gegner eine unbillige Härte bedeuten, wenn er selbst für den ihm entstandenen Schaden eintreten müßte. Von diesem Standpunkte gelangte man zur Statuierung einer Schadensersatzpflicht, aber zu einer Beschränkung derselben auf das negative Vertragsinteresse.

cc) § 307 BGB.

§ 307 BGB. und sein Anwendungsgebiet regelt die Schadensersatzpflicht von Verträgen, die wegen Unmöglichkeit der Leistung unwirksam sind. Ein Vertrag, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, ist gemäß § 306 BGB. nichtig. Wer nun bei Schließung eines auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrags die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muß, ist dem andern Teil gemäß § 307 BGB. zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses verpflichtet. Diese Vorschriften berücksichtigen aber lediglich die sachliche Unmöglichkeit, dagegen nicht das persönliche Unvermögen des Schuldners[108]).

Ist der Schuldner zur Zeit des Vertragsschlusses nur persönlich unvermögend zur Leistung, so ist dieses Unvermögen nicht als Unmöglichkeit im Sinne der §§ 306 ff. BGB. aufzufassen, das Schuldverhältnis ist hier vielmehr wirksam entstanden, und der Schuldner haftet ohne weiteres auf Grund des Vertrags auf das Erfüllungsinteresse[109]).

Da die Kenntnis von der Unmöglichkeit eine Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 307 BGB. bildet, ist es erforderlich, im folgenden kurz auf den Begriff der Unmöglichkeit einzugehen. Nach dem Sprachgebrauch bedeutet Unmöglichkeit „Notwendigkeit des Nichtgeschehens“[110]). Neben dieser rein logischen Begriffsbestimmung müssen rechtlich auch solche Leistungen als „unmöglich“ gelten, deren Erbringung mit derartig außerordentlichen Schwierigkeiten verknüpft ist, daß diese nach der Auffassung des Verkehrs einer Unmöglichkeit gleichzuachten sind.

Neben dieser strengen Auffassung bezüglich des Begriffes der Unmöglichkeit gibt es eine andere, die auch den Begriff einer „juristischen Unmöglichkeit“ anerkennt[111]). Nach ihr ist als Moment der Leistung die von der in Frage kommenden Leistungspflicht geforderte Kraftanstrengung zu berücksichtigen,

108) RG. 69, 357; 81, 61.
109) RGRKomm. zu § 306, 2, S. 489.
110) Hartmann, a.a.O., S. 172; Leonhard, a.a.O., § 134, S. 293.
111) Kleineidam, a.a.O., S. 14.

daher sollen unter „unmögliche Leistungen" auch solche Fälle mit einbezogen werden, bei denen die Leistung lediglich mit großen Opfern für den Schuldner verknüpft ist[112]).

Diese Ansicht ist abzulehnen. Nur eine übermäßig große Kraftanstrengung darf einer Unmöglichkeit im rechtlichen Sinne gleichgeachtet werden, denn sonst käme man zu dem Ergebnis, daß der Schuldner nur ein bestimmtes Maß von Anstrengung aufbringen müsse, um zu erfüllen. Er ist aber grundsätzlich unter allen Umständen zur Leistungserbringung verpflichtet, nicht zur Aufwendung eines bestimmten Maßes von Anstrengungen[113]). Aus diesen Gründen ist das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Unmöglichkeit nach der strengeren Auffassung zu beurteilen.

Nach der Erörterung der Frage, was unter der Unmöglichkeit der Leistung im Sinne der §§ 306, 307 BGB. zu verstehen ist, wenden wir uns den übrigen Voraussetzungen für die Haftung auf das negative Vertragsinteresse zu.

Zunächst muß der Vertrag, abgesehen von der Unmöglichkeit der Leistung, wirksam abgeschlossen sein, d. h. er muß einerseits den betreffenden Formvorschriften genügen, andererseits müssen die Parteien die zum Eingehen eines Vertrags erforderliche Geschäftsfähigkeit besitzen. Sodann muß der eine Teil — gleichgültig ob Versprechender oder Versprechensempfänger — bei Schließung des Vertrags die Unmöglichkeit der Leistung entweder gekannt oder fahrlässig nicht gekannt haben. Hier weicht das Gesetz also von einer Theorie ab, wonach die Haftung unter Absehen von einer Verschuldung lediglich aus einer notwendigen Garantie des betreffenden Kontrahenten entspringen soll und bleibt mit den allgemeinen Grundsätzen im Einklang, nach denen eine Schadensersatzpflicht nur im Falle eines Verschuldens begründet wird[114]).

Wie gemäß den §§ 122 und 179 BGB., ist auch nach § 307 BGB. die Haftung dann ausgeschlossen, wenn der andere Teil die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muß. Hieran knüpft sich die Streitfrage, ob eine Haftung für denjenigen Teil besteht, der die Unmöglichkeit beim Vertragsschluß kannte, während sie der Vertragsgegner aus Fahrlässigkeit nicht kannte. Oertmann[115]) fordert in Analogie des § 254 BGB. und aus „inneren Gründen" ein gleichgroßes Verschulden des Beschädigten, um die Ersatzpflicht in Fortfall zu bringen. Dem widerspricht aber der Wortlaut des Gesetzes, welches sowohl für die Begründung als auch für den Ausschluß des Schadensersatzanspruches das „Kennen" und „Kennenmüssen" voll-

112) Titze, a.a.O., S. 2 ff.
113) F. Leonhard, a.a.O., § 26, S. 68 ff.
114) Motive II, S. 178 f.; Brock, a.a.O., S. 130 ff.
115) Oertmann zu § 307, 4.

kommen gleichstellt und zwischen beiden keinen Unterschied machen will[116]).

b) Die rechtliche Natur der Haftung auf das negative Vertragsinteresse.

So erschöpfend das Bürgerliche Gesetzbuch die Voraussetzungen zur negativen Interessehaftung geregelt hat, so offen hat es die Frage nach der Art der Verpflichtung des negativen Interesseersatzes gelassen. Wie sich aus den Motiven[117]) ergibt, hat man absichtlich die Entscheidung dieser Frage der Wissenschaft überlassen.

Da der Gesetzgeber von den drei Fällen, in denen er eine Ersatzpflicht des negativen Interesses statuiert, sie in zwei Fällen schlechthin eintreten läßt[118]), im dritten Falle dieselbe aber von einem Verschulden abhängig macht[119]), so sind einige Schriftsteller der Ansicht, daß die Rechtsnatur der Haftung aus § 307 BGB. auf unerlaubter Handlung beruhe und demgemäß für diese Vorschrift die kurze Verjährungsfrist gemäß § 852 BGB. zur Anwendung komme. Diese Ansicht ist abzulehnen. Ihr widerspricht einmal die Stellung im System[120]) (Schuldverhältnisse aus Verträgen), sodann die Tatsache, daß das Gesetz inbezug auf die „unerlaubten Handlungen" gemeinsame Vorschriften enthält, die es nur für diejenigen Tatbestände als geboten erachtet, die es eben als „unerlaubte Handlungen" bezeichnet. Würde das Gesetz ausnahmsweise nach seinem Willen gleich zu behandelnde Tatbestände nicht unter die gleichen Bestimmungen stellen, so würde es ausdrücklich erklären, daß für diese Fälle die betreffenden Normen Anwendung finden sollen[121]). Daraus ergibt sich, daß die negative Interessehaftung gemäß § 307 BGB. keine Deliktshaftung darstellen kann.

aa) Das Veranlassungsprinzip.

Nach dem Jheringschen Versuch, die rechtliche Natur der Haftung auf das negative Interesse unter dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo zusammenzufassen, konzentrierten sich die Bemühungen in der Folgezeit darauf, von der Voraussetzung eines Verschuldens gänzlich abzusehen, vielmehr unter Hinweis auf die deutschrechtliche Veranlassungshaftung den Urheber eines Schadens haftbar zu machen, gleichgültig ob ihm ein Verschulden zur Last falle oder nicht.

Die Verursachung eines Schadens ohne Hinzutreten anderer, haftungsbegründender Momente kann aber nicht als zu-

116) RG. 110, 55 (56); Enneccerus, § 29, Anm. 11.
117) Motive, Bd. 2, S. 179.
118) §§ 122, 179 BGB.
119) § 307 BGB.
120) Staudinger zu § 307, 4 BGB.
121) Brock, a.a.O., S. 196.

reichender Grund zur Erklärung einer Schadenshaftung angesehen werden, und der Hinweis auf das deutschrechtliche Prinzip kann deswegen nicht stichhaltig sein, weil die gemeinrechtliche Doktrin, soweit sie überhaupt die Interessehaftung bei unwirksamen Verträgen anerkennt, auf dem römischen Recht fußt[122]) und sich infolgedessen aus der allgemeinen Veranlassungshaftung des germanischen Rechtes, das eine Beschränkung des Schadensersatzes auf das negative Interesse überhaupt nicht kannte[122a]), das „Spezifikum einer gemeinrechtlichen Haftung" nicht herausgebildet haben kann.

Auch v. Tuhr[123]) lehnt ein allgemein geltendes Veranlassungsprinzip ab. „Das culpa-Prinzip des gemeinen Rechts ist nicht durch das Veranlassungsprinzip ersetzt, sondern nur in einzelnen Fällen durchbrochen[124])".

bb) Stillschweigend abgeschlossener Garantievertrag.

Bei Eingehung eines Vertrages übernehmen die beiden Parteien häufig eine Garantie, z. B. für die bestimmte Beschaffenheit einer Sache. Da innerhalb der Grenzen der Vertragsfreiheit jeder Vertrag mit beliebigem Inhalt ausgestattet werden kann, so ist es auch durchaus möglich, daß neben dem Hauptvertrag ein Garantievertrag auf das negative Interesse einhergeht. Von diesem Gedanken ausgehend, vertrat Windscheid[124]) die Ansicht, daß jeder Vertragsschließende für die nachteiligen Folgen, die dem Vertragsgegner durch das Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages erwachsen, einstehen müsse, weil er dadurch, daß er den Vertragsgegner zu diesem Vertrauen bestimmt habe, die stillschweigende Garantie für die Folgen desselben übernahm. Diese Lehre hat den Vorteil, die Haftung auf das negative Vertragsinteresse in einen bekannten Vertragstypus einzureihen, und es ist auch durchaus denkbar, daß in einigen Fällen der Erklärende dem Erklärungsempfänger gegenüber stillschweigend die Gewähr dafür übernimmt, daß er, wenn er etwa als Vertreter handelt, auch wirklich Vertretungsmacht besitzt.

Ist aber einerseits im Einzelfalle zuzugeben, daß sich der Wille der Kontrahenten in diesem Sinne auslegen läßt, so ist andererseits zu sagen, daß im allgemeinen eine derartige Garantieübernahme unerweislich, ja oft zweifellos nicht gewollt ist[125]).

Selbst wenn man sich die Vertragsschließenden als Musterparteien vorstellt, so dürfte man ihrem Parteiwillen doch kei-

122a) Brunner, a.a.O., § 8, S. 20.
122) Brock, a.a.O., S. 167.
123) a.a.O., Allg. Teil, II, S. 272—274.
124) Ebd.
124) Windscheid, a.a.O., § 307 Anm. 5.
125) Enneccerus, § 170 Anm. 11.

nesfalls mehr zumuten, als daß er eine Leistung nach Treu und Glauben stillschweigend zum Vertragsinhalt erhebt. Im täglichen Leben stehen sich aber nur selten Musterparteien gegenüber, und es wird im allgemeinen durchaus nicht dem Parteiwillen entsprechen, etwa für einen Irrtum bei Abgabe einer Willenserklärung einstehen zu wollen. Gerade das Gegenteil wird meistens der Fall sein. Die Parteien werden ein Interesse daran haben, für einen derartigen Irrtum nicht einstehen zu brauchen. Der geschäftliche Verkehr basiert auf Egoismus, und von diesem Standpunkt aus werden Ansprüche geschaffen und Verpflichtungen eingegangen. Was die Konstruktion eines stillschweigend übernommenen Garantievertrages „unhaltbar macht, das ist ihre psychologische Unwahrheit“ [126]).

cc) Das Vertrauensprinzip.

Wir haben im Vorhergehenden darzulegen versucht, daß die bisherigen Haftungstheorien ein durchschlagendes allgemeines Haftungsprinzip nicht statuieren können.

Der Versuch Jherings, die Haftung auf eine culpa in contrahendo zurückzuführen, mußte scheitern, da eine solche durchaus nicht immer vorliegt [127]). Das Veranlassungsprinzip bedeutet einen oberflächlichen Versuch, die Fälle der nichtschuldhaften Haftung einheitlich zu begreifen [128]), und die Konstruktion eines Garantievertrags ist abzulehnen, weil ihre Voraussetzung nicht zutrifft.

Der Haftungsgrund ist vielmehr folgender: Bei den oben besprochenen Fällen handelt es sich allemal um die Abgabe unrichtiger Willenserklärungen. Diese Erklärungen sind ihrem äußeren Tatbestande nach geeignet, einen von dem Erklärenden in der Erklärung angedeuteten Erfolg herbeizuführen. Die Mängel, die der Erklärung anhaften, sind dem Gegner verborgen geblieben bezw. sie waren für ihn unerkennbar. Es muß also beim Gegner zwangsläufig das Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages erweckt worden sein. Dieses erweckte Vertrauen ist der entscheidende Gesichtspunkt für die Haftung auf das negative Vertragsinteresse.

Wenn das Maß des Vertrauens in den §§ 122, 179 und 307 BGB. nicht das gleiche ist, so nur deshalb, weil es in den beiden ersteren Fällen dem Erklärungsgegner schlechterdings unmöglich ist, den Irrtum, die unrichtige Uebermittlung oder den Mangel der Vertretungsmacht zu erkennen, während im Falle des § 307 BGB. für jede Vertragspartei die Möglichkeit besteht, den Vertrag auf seine Gültigkeit hin einer Prüfung zu unterziehen.

126) Brock, a.a.O., S. 152.
127) Enneccerus, § 159 Anm. 1.
128) Brock, a.a.O., S. 181.

Die Tatsache, daß das Gesetz in diesen Fällen den äußeren Tatbestand zur Herbeiführung einer Rechtsfolge genügen läßt, selbst wenn dadurch eine Diskrepanz mit der wirklichen Rechtslage entsteht, bedeutet keinen Rückfall in eine primitive Rechtsepoche, vielmehr soll durch diese Rechtsbildung ein Element der Verläßlichkeit und Stabilität in den Rechtsverkehr gebracht werden.

c) Das Verhältnis der Haftung auf das negative Vertragsinteresse zur allgemeinen Schadensersatzpflicht.

In dem negativen Vertragsinteresse haben wir eine besondere Figur des Schadensersatzes vor uns, die zum Inhalt als Rechtsfolge die Herstellung des Zustandes hat, der bestehen würde, wenn nicht ein Teil im Vertrauen auf das Rechtsgeschäft gehandelt hätte. Aus dieser Tatsache könnte man den Schluß ziehen, daß die Haftung auf das negative Vertragsinteresse in jeder Beziehung eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen der Schadensersatzpflicht bedeuten muß. Dieser Schluß wäre jedoch falsch. Wie Brock[129]) hierzu im einzelnen ausführt, ist die grundlegende Richtung des Schadensersatzes bei unwirksamen Verträgen vielmehr aus den allgemeinen Bestimmungen über den Schadensersatz zu entnehmen.

In den Fällen der §§ 122, 179 und 307 BGB. greift lediglich die Begrenzung des negativen Interesses durch die Höhe des positiven Vertragsinteresses Platz, obgleich begrifflich das negative Interesse das positive Interesse bedeutend übersteigen kann.

Diese Beschränkung des negativen Interesseersatzes erscheint durchaus gerechtfertigt. Einerseits soll dem Geschädigten zwar aus der Tatsache des unwirksamen Vertrages kein Schaden erwachsen, andererseits aber soll das Höchste, was der Geschädigte beanspruchen darf, diejenige wirtschaftliche Lage sein, in die er bei einem wirksam zustandegekommenen Vertrage versetzt worden wäre.

Im übrigen aber gilt die Vorschrift des § 252 BGB., nach der der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn umfaßt, gleichermaßen für die allgemeine Schadenshaftung und den Ersatz des negativen Vertragsinteresses.

d) Schadensersatzpflicht bei Nichtzustandekommen eines Vertrages ohne gesetzliche Regelung.

Die in den Vorschriften der §§ 122, 179 und 307 BGB. statuierte Schadensersatzpflicht auch für die Fälle, in denen ein Vertrag nicht zustande gekommen ist, hat zu der Frage Veranlassung gegeben, ob die in diesen Gesetzesbestimmungen ge-

129) Brock, a.a.O., S. 204 ff.

regelte Schadensersatzpflicht auch auf Fälle angewendet werden kann, die zwar rechtsähnlich liegen, aber nicht unter die betreffenden Gesetzesbestimmungen fallen[130]).

So hat Kuhlenbeck[131]) den Vorschlag gemacht, den Gedanken des § 122 BGB. zu einem allgemeinen Haftungsprinzip zu erweitern. In allen Fällen, in denen eine Erklärung nichtig ist, soll der dadurch geschädigte Erklärungsempfänger einen Anspruch auf das negative Interesse erlangen.

Er führt hierzu folgendes Beispiel an:

Ein Pfarrer bestellt bei einem auswärtigen Schneidermeister brieflich auf Grund eingeforderter Tuchproben einen Talar und einen Anzug. Er wird am Nachmittage des Tages, an dem der Brief mit der Bestellung abgesandt ist, von einem Schlaganfall getroffen, an dem er am anderen Morgen stirbt. Der Schneidermeister, der nichts davon erfährt, fertigt die Kleidungsstücke an und sendet sie an die Adresse des inzwischen Verstorbenen ab, erhält sie aber vom Vormunde der einzigen Erbin, einer minderjährigen Tochter des Verstorbenen, zurück mit dem Bedauern, daß man die Kleidungsstücke nicht mehr gebrauchen könne, da der Besteller gestorben sei. Fest steht, daß der Schneidermeister den Brief des Bestellers am Sonntagmorgen 7½ Uhr in seiner Wohnung erhalten, sofort geöffnet und gelesen hat, daß der Besteller am selben Morgen um 9 Uhr gestorben ist und daß endlich der Schneidermeister erst am Montagmorgen den Brief seinem Zuschneider übergeben hat mit dem Auftrage, die Arbeit zu beginnen.

Die Entscheidung dieses Falles verlangt nach Kuhlenbeck eine analoge Ausdehnung der in den §§ 122, 179 und 307 BGB. statuierten Ersatzpflicht des Vertrauensinteresses. Er begründet seine Ansicht folgendermaßen:

Nach § 153 BGB. wird in der Regel das Zustandekommen des Vertrages nicht dadurch gehindert, daß der Antragende vor der Annahme stirbt, aber die Regel des § 153 BGB. wird hier durch die Ausnahme durchbrochen: „... es sei denn, daß ein anderer Wille des Antragenden anzunehmen ist". Ein derartiger „anderer Wille" ist nicht nur dann anzunehmen, wenn er, — sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend — erklärt ist, sondern auch dann, wenn der Kontrahent bei verständiger Würdigung des Falles und Kenntnis der Sachlage die Erklärung nicht abgegeben haben würde. Hier ist unter Wille eine „rein hypothetische, eventuelle, aber nach den Umständen des Falles konkludente, in Wahrheit latente, unbewußte Konstellation der Vorstellungen zu begreifen."

Hiernach ist im vorliegenden Falle das Zustandekommen eines Vertrages zu verneinen. Hat nun der Erklärungsempfän-

130) Sonntag, a.a.O., S. 25.
131) Kuhlenbeck, a.a.O., S. 1142 ff.

ger nach Annahme der Bestellung, aber vor Ausführung des Vertrags von dem Ableben des Bestellers gehört, so würde die Ausführung naturgemäß gegen Treu und Glauben verstoßen. Wenn aber der Adressat den Tod zu spät erfährt, so soll die gesetzgeberische ratio des § 122 BGB. auch in dem vorliegenden Falle erfüllt sein. Im Vertrauen auf die Gültigkeit der Erklärung soll der Empfänger trotz Nichtigkeit derselben einen Anspruch schlechthin auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses haben.

Im Anschluß hieran stellt Kuhlenbeck den Grundsatz auf, daß in allen Fällen, in denen eine Erklärung nichtig ist, der dadurch geschädigte Erklärungsempfänger einen Anspruch auf das negative Vertragsinteresse erlangt, es sei denn, daß er die Nichtigkeit kannte oder kennen mußte.

Dieser Auffassung kann u. E. nicht beigetreten werden. Gegen sie erheben sich zunächst theoretische Bedenken. Nach der gegebenen Gesetzeslage hat das Bürgerliche Gesetzbuch in § 122 die Ersatzverpflichtung von einem bestimmt qualifizierten fehlerhaften, in § 307 von einem von der Rechtsordnung mißbilligten Bewußtseinszustand der sich rechtsgeschäftlich Erklärenden abhängig gemacht[132]). Dieser Gesichtspunkt fehlt in dem weiter oben zitierten § 153 BGB. völlig.

Sodann erheben sich gegen diese Auffassung auch Bedenken praktischer Art. Wollte man der Ansicht Kuhlenbecks folgen, so würden z. B. die Geisteskranken, deren Bewußtseinszustand vom Gegner nicht erkannt worden ist, schadensersatzpflichtig sein.

Es muß zugegeben werden, daß die Unverantwortlichkeit geistig Gestörter und Entmündigter besonders zu Zeiten, in denen der Fernverkehr ein Riesenmaß angenommen hat und in denen sich Rechtsgeschäftsabschlüsse unter Verhältnissen abspielen, die ein gegenseitiges Kennen oft unmöglich machen[133]), einen großen Uebelstand bedeutet.

So ist das Bedürfnis nach einem Schutz des guten Glaubens an die Geschäftsfähigkeit des Gegners namentlich in Bankkreisen laut geworden[134]), und von Geschäftskreisen ist der Gesichtspunkt der Schadensersatzpflicht in den Vordergrund gerückt worden.

Aber der Sprung von einer Haftung für eine nicht ernstliche Willenserklärung sowie in den Fällen eines Irrtums über den Inhalt der Erklärung bis zu einer Haftung für Unzurechnungsfähigkeit ist zu groß. Außerdem hat das bürgerliche Recht im Anschluß an die gemeinrechtliche Doktrin, die auf dem Ge-

---

132) Staudinger zu § 153, 2 b, S. 635.

133) Rümelin, Die Geisteskranken im Rechtsgeschäftsverkehr.

134) Eingabe d. Zentralverb. d. Deutschen Bank- und Bankiergewerbes von 1925.

biete des Rechtsgeschäftes alle Rechtswirkungen auf dem Willen des Individuums begründete, weitestgehenden Schutz der Unzurechnungsfähigen auch auf Kosten der Kontrahenten durchgeführt.

Der Vorschlag Kuhlenbecks ist de lege ferenda zu begrüßen, de lege lata aber abzulehnen.

LEBENSLAUF.

Am 19. Februar 1899 wurde ich als Sohn des Amtsgerichtsrats Paul Mangelsdorff und seiner Ehefrau Lilly geb. Anheuser zu Wernigerode am Harz geboren.

Nach privater Vorbereitung bestand ich nach neunjährigem Besuch des humanistischen Gymnasiums zu Demmin (Pom.) im März 1917 die Reifeprüfung.

Am 1. April 1917 trat ich als Fahnenjunker in das Heer ein und nahm beim 1. Pomm. Feldartl.-Regt. Nr. 2 an den Kämpfen im Osten und Westen teil. Im April 1918 wurde ich in Flandern verwundet.

Am 12. Oktober 1918 zum Leutnant befördert, geriet ich am 14. Oktober 1918 in französische Kriegsgefangenschaft, aus der ich am 20. Februar 1920 entlassen wurde.

Im Juni 1920 aus dem Heeresdienst ausgetreten, war ich 6½ Jahre im Bankfach tätig.

Im März 1927 nahm ich das juristische Studium auf, dem ich bis zum Wintersemester 1931/32 oblag. Am 6. Februar 1932 bestand ich die 1. juristische Staatsprüfung, am 18. Februar 1932 das mündliche Doktor-Examen vor der Juristischen Prüfungskommission zu Marburg.

An dieser Stelle darf ich allen meinen Lehrern meinen aufrichtigsten Dank aussprechen.

Mit großer Dankbarkeit werde ich mir auch stets bewußt bleiben, daß ich die Anregung zu dem Thema der vorliegenden Arbeit von Herrn Geheimrat Professor Dr. Manigk erhalten habe. Ebenso fühle ich mich verpflichtet anzuerkennen, daß seine wissenschaftlichen Forschungen meine Untersuchungen wesentlich gefördert haben.

Augenblicklich befinde ich mich im Vorbereitungsdienst in Elsterwerda.

Hans Mangelsdorff, Referendar.